

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Empresa

**La excepción a favor de las empresas públicas en los procesos de
contratación pública a la luz del derecho de competencia**

Isabel María Larrea Garaicoa

Tutor: Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos

Quito, 2019

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Isabel María Larrea Garaicoa, autora de la tesis intitulada “La excepción a favor de las empresas públicas en los procesos de contratación pública a la luz del derecho de competencia”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho de la Empresa, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, julio del año 2019

Isabel María Larrea Garaicoa

Resumen

El presente trabajo investigativo tiene como objetivo principal analizar la excepción al derecho de competencia a favor de las empresas públicas en los procesos de contratación pública.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (“LORCPM”), normativa publicada el 13 de octubre de 2011 en el Registro Oficial Nro. 555, tiene como objeto:

evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible¹.

Por su parte, el Estado ecuatoriano ha visto la necesidad de crear una normativa que abarca todo el proceso de adquisición de bienes y servicios. En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (“LOSNCP”) y en su Reglamento, el legislador ha diferenciado los procesos de contratación pública, incluyendo a los procesos de contratación del Estado con empresas públicas dentro de un sistema llamado régimen especial, en el cual se otorgan ciertas prerrogativas a las empresas públicas a las que las empresas privadas no pueden acceder.

Nuestro tema de análisis se concentra en estudiar las disposiciones con carácter de obligatorio generadas por las autoridades, para que se utilice el proceso de régimen especial establecido en la LOSNCP en la contratación estatal con empresas públicas.

¹Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, Quito, 12 de septiembre de 2014, art. 1. En adelante se cita esta Ley como LORCPM.

Dedicatoria

A mis hermanas, que han sido la inspiración para que cada día me supere aún más, quienes han estado ahí en cada momento de mi vida y que han sido mi pilar para seguir adelante con mis sueños.

A mis padres que han sido el apoyo para continuar día a día cumpliendo con mis metas propuestas que me permite crecer como persona.

Agradecimiento

A Dios, por siempre estar presente en cada paso que doy en la vida, por cada una de las enseñanzas otorgadas y por permitirme ser mejor cada día.

A Dios, que establece mi camino a seguir, y que con su presencia me ha permitido cumplir con la meta planteada.

Tabla de Contenido

Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis	3
Resumen	5
Dedicatoria	7
Agradecimiento	9
Tabla de Contenido	11
Introducción	13
Capítulo uno	
Análisis del derecho de la competencia y su relación con las empresas públicas	17
1. Introducción al derecho de la competencia	17
2. Que busca el derecho de la competencia.....	19
3. Quienes están sujetos al derecho de la competencia	21
4. El derecho de la competencia en sectores particulares	25
Capítulo dos	
El régimen especial para empresas públicas en procesos de contratación con el Estado	29
1. Introducción a la contratación pública	29
2. Análisis del régimen especial para empresas públicas en procesos de contratación con el Estado	31
3. Ventajas de la aplicación del régimen especial establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para las empresas públicas en procesos de contratación pública.....	35
4. Disposiciones de las autoridades a las entidades contratantes para desarrollar procesos de contratación con empresas públicas bajo régimen especial	38
4.1. Petroecuador EP.....	39
4.2.TAME EP	47
4.3.CNT EP.....	53
4.4.Desempeño de la empresa pública vs. Empresa privada	55
Capítulo tres	
La abogacía de la competencia y la obligación de contratar bajo el proceso de contratación pública de régimen especial para empresas públicas	61

1. Problemática de la obligación por parte de las autoridades de contratación con las empresas públicas desde la perspectiva del derecho a la competencia	61
2. El rol de la abogacía de la competencia respecto a la orden de contratar bajo el proceso de contratación pública de régimen especial para empresas públicas desde la perspectiva del derecho de la competencia	65
Conclusiones y recomendaciones	71
Bibliografía.....	75

Introducción

La LORCPM establece lineamientos y principios para la regulación en el ámbito de la competencia, en concordancia con lo establecido en la Constitución de la República y en el ordenamiento vigente. Entre esos lineamientos y principios están el reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico, la defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular, el derecho a desarrollar actividades económicas, la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado, y el establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia².

Con la creación de dicho cuerpo normativo, se busca mantener mercados competitivos, prohibiendo las prácticas en el ámbito empresarial que pueden restringir o que restringen la competencia en un mercado.

La LOSNCP por otro lado, tiene como objetivo el “determina[r] los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría”³, cuyos principios consisten en legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional⁴.

El artículo 2 de la LOSNCP contempla la figura de régimen especial de contratación. El régimen especial, como su nombre lo indica, tiene aspectos particulares que permite contrataciones directas a diferencia del régimen común, sobre todo en aquellos procesos contractuales que se celebran con entidades del sector público entre sí, empresas públicas o con aquellas empresas cuyo capital pertenezca en un mayor del 50% al Estado ecuatoriano⁵.

²LORCPM, art. 4.

³Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, art. 4. En adelante se cita esta Ley como LOSNCP.

⁴LOSNCP, art.1

⁵LOSNCP, art. 2

¿Pero qué sucede cuando las autoridades generan ciertos privilegios para un sector en específico con base a sus disposiciones en las que se exige de manera obligatoria a aplicar el régimen especial LOSNCP, sin que se permita aplicar otro proceso de contratación?

Las autoridades estatales, mediante disposiciones directas y con carácter de obligatorias, sean estas a través de oficios o de manera verbal, han dispuesto a las entidades contratantes generar procesos de contratación pública solamente mediante régimen especial, siendo los casos ejemplificativos de aquellas actuaciones las que se desarrollaron con las empresas públicas CNT EP, Petroecuador EP, Correos del Ecuador y TAME EP.

El interrogante que se desarrollará en el presente trabajo es el siguiente: ¿Qué consecuencias se generan al existir este tipo de disposiciones con carácter obligatorio de las autoridades para que se aplique el régimen especial previsto en la LOSNCP a favor de las empresas públicas y cuál es el rol que debe cumplir frente a dichas consecuencias la Superintendencia de Regulación y Control de Poder del Mercado (“SCPM”)?

Para poder despejar dicha interrogante, la presente tesis se ha dividido en tres capítulos.

En el capítulo uno, relacionado al análisis del derecho de la competencia y su relación con las empresas públicas, se incluye: una introducción al derecho de la competencia, qué busca el derecho de la competencia, quiénes están sujetos al derecho de la competencia en un mercado relevante y el derecho de la competencia en sectores particulares.

En el capítulo dos, relacionado al régimen especial para empresas públicas en procesos de contratación con el Estado, se incluye: una introducción a la contratación pública, un análisis del régimen especial para empresas públicas en procesos de contratación con el Estado, las ventajas de la aplicación del régimen especial establecidas en la LOSNCP para las empresas públicas en procesos de contratación pública, y las disposiciones de las autoridades a las entidades contratantes para desarrollar procesos de contratación con empresas públicas bajo régimen especial, en los que se incluye los casos ejemplificativos de Petroecuador EP, TAME EP, CNT EP y el desempeño de la empresa pública vs. la empresa privada.

El capítulo tres que se refiere a la abogacía de la competencia y la obligación de contratar bajo el proceso de contratación pública de régimen especial para empresas públicas, en el que se incluye la problemática de la obligación por parte de las autoridades de contratación con las empresas públicas desde la perspectiva del derecho a la competencia y el rol de la abogacía de la competencia respecto a la orden de contratar bajo el proceso de contratación pública de régimen especial para empresas públicas desde la perspectiva del derecho de la competencia.

Capítulo uno

Análisis del derecho de la competencia y su relación con las empresas públicas

En el capítulo uno, referente al análisis del derecho de la competencia y su relación con las empresas públicas, desarrollaremos: la introducción al derecho de la competencia, qué busca el derecho de la competencia, quienes están sujetos al derecho de la competencia en un mercado relevante y el derecho de la competencia en sectores particulares.

1. Introducción al derecho de la competencia

De manera general, el derecho de la competencia consiste en un conjunto de reglas o disposiciones cuyo objeto es proteger a la competencia y lograr el bienestar de los consumidores en un mercado⁶.

El derecho de la competencia en los últimos años ha tenido gran acogida en el mundo entero. Los autores Richard Whish y David Bailey manifiestan que actualmente más de 130 sistemas incluyen el derecho de la competencia en su legislación, y que existen otros países que en razón de su importancia han visto la necesidad de iniciar su implementación en su legislación⁷.

En la Unión Europea, en los primeros años de existencia del derecho de la competencia, no se le dio la importancia necesaria. Sin embargo la posición fue cambiando de manera dramática, hasta que el derecho de la competencia se implementó en varias actividades de la economía; actividades que anteriormente hacían relación a monopolios naturales, como ocurrió con el sector del transporte o el sector de las telecomunicaciones⁸.

⁶ Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Universidad de Oxford, 2015), 1.

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*

A nivel internacional, los sistemas en el derecho de la competencia se han preocupado por incluir ciertas prácticas que podrían hacer daño al proceso de competencia. Entre estas están: los acuerdos anticompetitivos, los comportamientos abusivos, las fusiones, las restricciones provenientes del sector público, entre otras⁹.

De igual manera que en otros países, en el Estado ecuatoriano se generó la necesidad de regular al derecho a la competencia, siendo importante el crear una normativa que permita el “asegurar la eficiencia del sistema productivo y una correcta asignación de recursos en los distintos sectores”¹⁰.

Dicha preocupación se plasmó desde la Constitución, en su artículo 336, en el que se menciona lo siguiente:

El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.¹¹

No obstante, recién el 13 de octubre de 2011, se, expide la LORCPM, publicada en el Registro Oficial Nro. 555.

En dicha norma, en su artículo 1 y en concordancia a los preceptos establecidos en la Constitución, se estableció que la ley se preocuparía por: evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo

⁹ Ibid.

¹⁰Guillermo Cabanelas de las Cuevas, *Derecho Antimonopolio y de Defensa de la Competencia* (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1983), 35.

¹¹Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 336. En adelante, “*Constitución*”.

y el bienestar general tanto de los consumidores como de los usuarios, para la generación de un sistema económico social, solidario y sostenible¹².

El Estado ecuatoriano, con la creación de la LORCPM, dio sus primeros pasos con el fin de generar una normativa que se preocupe por el desarrollo de la competencia en el país, incluyéndose además procesos sancionatorios para aquellas actividades que buscan deteriorar el derecho de la competencia.

2. Qué busca el derecho de la competencia

El escritor Jorge Witker Velásquez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, realizó un estudio respecto al derecho de competencia y su desarrollo en ciertos países.

En ese estudio manifiesta que en el derecho anglosajón, el derecho de la competencia considera como bienes jurídicos protegidos a los competidores, consumidores y el interés público en general, convirtiéndose al derecho en un:

[...] instructivo de política pública, cuyos objetivos son: promover una asignación eficiente de recursos, proteger el bienestar de los consumidores, prevenir/ sancionar niveles excesivos de concentración empresarial y regular las prácticas anticompetitivas de las empresas que poseen dimensión comercial¹³.

Alfonso Miranda, manifiesta que el derecho de la competencia es “el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre determinado mercado, en aras del interés público”¹⁴, que busca principalmente el promocionar la libertad económica, libertad de empresa, el mantenimiento de la eficiencia en los mercados y la protección de los consumidores.

¹²LORCPM, art. 1.

¹³ Jorge Witker Velásquez, *Derecho de la competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México* (Chile: Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, 2000), 162.

¹⁴ Alfonso Miranda Londoño, *Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia: La Ley 155 de 1959 y su Legado* (Bogotá: Revista de Derecho de la Competencia, 2011), 69.

Inés María Baldeón Barriga, *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de Contratación Pública del Ecuador* (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 237.

Para Neelie Kroes, ex Comisionado Europeo, que el objetivo de la Comisión Europea es proteger a la competencia en los mercados siendo esta la rama que permite el mejorar el bienestar del consumidor y proteger la asignación eficiente de recursos¹⁵.

En los distintos sistemas en los que existe el derecho de la competencia se ha analizado a esta rama desde distintos ámbitos. En algunos países se han preocupado más por legislar ciertos aspectos de la competencia que otros, pero entre las principales preocupaciones comunes de los sistemas en los cuales existe el derecho de la competencia está la búsqueda de protección de los consumidores, la redistribución y la protección de los competidores¹⁶.

Referente a la protección de los consumidores, cabe señalar que las normas de derecho de la competencia buscan principalmente proteger a estos actores respecto a ciertas actividades económicas provenientes de operadores económicos dominantes, que podrían generar perjuicios a los consumidores. Es decir busca el proteger al más débil sobre el más fuerte¹⁷.

En el Ecuador, igual que en otras legislaciones, el derecho de la competencia se ha preocupado en incluir en la normativa el precautelar el bienestar de los consumidores.

En relación a la redistribución, la cual consiste en llegar a la equidad en la economía, el derecho de la competencia ha buscado el evitar que los recursos económicos se encuentren solo en manos de monopolios o empresas multinacionales ya que con esto se podría estar atentando a la libertad individual de cada ciudadano y por tanto al poder de elegir¹⁸.

Un caso emblemático en el cual se aplicó la ley antitrust de los Estados Unidos relacionado a la redistribución fue el de la empresa de telecomunicaciones AT&T, en el que las autoridades en competencia desmembraron las actividades de esta empresa¹⁹. De igual

¹⁵ Neelie Kroes, “European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices”, 15 de septiembre de 2005. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm.

¹⁶ Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Universidad de Oxford, 2015), 24.

¹⁷ *Ibíd*, 20.

¹⁸ *Ibíd*, 21.

¹⁹ *Ibíd*.

manera se han realizado varias investigaciones a empresas que podrían estar realizando actividades monopólicas.

Finalmente el derecho de la competencia también busca proteger a los competidores, principalmente a las pequeñas empresas, que en un mercado no logran competir con empresas grandes, empresas que podrían llegar a captar la demanda de un mercado, dejando por fuera a los demás operadores²⁰.

La decisión de proteger a las pequeñas empresas frente a las grandes firmas es también parte de la normativa ecuatoriana en competencia, al sancionarse prácticas desleales, acuerdos colusorios, prácticas restrictivas y también la concentración económica de los operadores económicos, con el fin de generar un sistema económico social, solidario y sostenible²¹.

La normativa al proteger a los competidores permite que no solo tengan una oportunidad de desarrollar actividades económicas las empresas grandes, sino que también fomenta a que los pequeños puedan desarrollar actividades económicas, precautelando el derecho a que se desarrollen con libre concurrencia en el mercado²².

En nuestra opinión, que el derecho de la competencia exista y por ende se aplique en el día a día de un Estado democrático.

3. Quienes están sujetos al derecho de competencia

El artículo 2 de la LORCPM establece, quiénes se encuentran sometidos a las disposiciones de la ley, es decir:

[...] todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. [...] La presente ley incluye la regulación de las

²⁰ Ibíd, 22.

²¹ LORCPM, art. 1.

²² Ibíd, art. 4.

distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos²³.

El operador económico que podría ser sancionado según las disposiciones de la ley es aquel que actual o potencialmente realiza actividades económicas que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales dentro de un mercado²⁴.

Como operador económico la ley no hace distinción alguna entre persona natural o jurídica del sector público o privado, siempre y cuando se encuentren realizando las actividades establecidas en el artículo 2 anteriormente descrito.

De igual manera en el artículo 2 se manifiesta que todo operador económico que se someta a las disposiciones de la ley, es en sí aquel que realice actos que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales dentro de un mercado, originadas en restricciones geográficas y logísticas.

Es así que además de determinar quién es sujeto del derecho de competencia es necesario definir en qué circunstancias se realizan actividades y el mercado relevante al que pertenecen, con dicho actuar por parte de los operadores económicos se puede considerar que se estaría generado una posible afectación al derecho de la competencia en el Ecuador.

En el artículo 5 de LORCPM se establece el mercado relevante y como se lo determina, señalándose lo siguiente:

[...]A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.²⁵.

Según el autor Gonzalo Ruiz D, en su publicación, *Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia*, menciona que “La definición del mercado relevante constituye

²³ LORCPM, art. 2.

²⁴ Ibíd.

²⁵ LORCPM, art. 5.

el punto de partida de cualquier investigación que busque evaluar las condiciones de competencia en un mercado [...] Una definición errónea o ambigua de este conjunto de productos puede conducir a conclusiones equivocadas acerca de la estructura del mercado.”²⁶

La normativa en derecho de la competencia en su artículo 5 de LORCPM señala tres casuísticas con las cuales se determina un mercado relevante, con las cuales se podría señalar que ciertas actividades de un operador económico podría generar ciertos efectos en desmedro del derecho de la competencia, entre estas están la determinación del mercado relevante según el producto o servicio ofertado, el área geográfica en el cual se encuentra realizándose actividades económicas y finalmente según los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

En relación al producto o servicio ofertado es necesario tomar en cuenta una serie de factores, en primer lugar es necesario definir de manera restrictiva aquel producto o servicio que se entraría a investigar para que de manera posterior se analice la existencia de posibles sustitutos. Para el análisis de distintos tipos de sustitutos la entidad de control deberá tomar en cuenta las preferencias de los consumidores, las características, usos y precios de los posibles sustitutos, los costos de la sustitución, así como las posibles tecnologías y tiempos para generar dicha sustitución²⁷.

En referencia al mercado geográfico este se lo define en razón a la zona geográfica en donde se provee el producto. La entidad de control para estos casos debe analizar los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes²⁸.

Finalmente en relación a los grupos específicos de vendedores y compradores, el mercado se lo determina al verificar si los competidores de un mercado relevante pueden ser equiparable, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto²⁹.

²⁶ Gonzalo Ruiz, *Definición de mercado relevante y políticas de competencia* (THEMIS: Revista de Derecho 41, 2000), 297-310.

²⁷ LORCPM, art. 5.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.*

La LORCPM ha plasmado algunos conceptos y preceptos esenciales que son de importancia en el derecho de la competencia, que permiten determinar qué tipo de actividad económica se encuentra desarrollando en un mercado relevante, estableciéndose quiénes pueden ser operadores económicos que atentan al Derecho de la Competencia y por tanto quienes están atados al cumplimiento de la norma.

Inés Baldeón, en el libro de su autoría, *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de Contratación Pública del Ecuador*, señala la importancia que el ente de control tiene en el derecho de la competencia, al tener que cuidar las actuaciones del sector público en el mercado, toda vez que el Estado también opera dentro de un mercado al demandar, bienes y servicios, incluido obras y consultoría en el territorio nacional³⁰.

El ente de control debe verificar el cumplimiento de la norma a todo operador económico que podría incurrir en prácticas que se encuentran establecidas como sanción en la LORCPM al realizar ciertas actividades en un mercado relevante definido³¹.

La LORCPM en sus primeros artículos define la importancia de determinar quiénes son objeto de control y regulación por parte del derecho de la competencia, qué prácticas o actuaciones generadas por los operadores económicos son permitidas y cuáles no y la necesidad de definir el mercado relevante en el cual ciertos operadores se desarrollan, estableciéndose finalmente un proceso administrativo sancionatorio si es que el incumplimiento por parte del operador económico fuese determinado por el ente de control³².

³⁰Inés María Baldeón Barriga, *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de Contratación Pública del Ecuador* (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 237.

³¹LORCPM, art. 5.

³²Inés María Baldeón Barriga, *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de Contratación Pública del Ecuador* (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 237.

4. El derecho de la competencia en sectores particulares

Luego de habernos introducido al derecho de competencia, al determinar cuál es el fin de que exista este cuerpo normativo y al señalar a quién va dirigida esa normativa, es importante señalar que en sectores en particular la aplicación del derecho de competencia puede llegar a ser inapropiada³³.

Los legisladores han generado normas en otras ramas del derecho, que podrían legalmente favorecer a ciertos operadores respecto a otros con el fin de precautelar la existencia de un servicio en el mercado³⁴.

Según lo señalado por la autora, Inés María Baldeón Barriga, la no existencia de competencia es necesaria para algunos sectores de la economía del país; aunque dicha afirmación sea considerada extremadamente polémica, en la Unión Europea, en un sector en particular, se creó normativa que tiende a la protección del sector agrícola, norma que posee características especiales y que se compromete a la protección de los operadores económicos frente a los efectos potencialmente despiadados que existieran en un sistema competitivo, buscando la permanencia de un sector y creando incentivos para que los productores sigan interesados en generar agricultura en los países que lo conforman³⁵.

La creación de restricciones públicas en ciertos sectores de la economía puede generar beneficios para los ciudadanos, principalmente cuando se trata de acceder a servicios básicos, siendo indispensable que un Estado pueda dotar de agua, alimentación, luz, alcantarillado entre otras, a sus ciudadanos.

Las empresas públicas en nuestro país, según el artículo 315 de la Constitución, tienen como fin el desarrollar a los sectores estratégicos, prestar servicios públicos, pero además señala que podrán tener cualquier otro tipo de actividad económica³⁶.

Las empresas están destinadas en algunos casos a la preservación de sectores de la economía, siendo aquellas las únicas que se interesan por prestar ciertos servicios públicos a

³³ Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Universidad de Oxford, 2015), 13.

³⁴ *Ibíd*, 13

³⁵ *Ibíd*.

³⁶ *Constitución*, art 313.

la ciudadanía. Al no existir estas empresas, según el sector económico del que se trate, no se podría llegar a contar con la prestación de dicho servicio, pudiendo ser factible que en estos casos los legisladores tomen la decisión de no aplicar el derecho de la competencia en el sector³⁷.

Sin embargo, es necesario recalcar que existen distintos tipos de empresas públicas en el Ecuador, las cuales se dedican a diferentes actividades económicas. Las empresas que entraremos a analizar no podrían ser consideradas como únicas en la prestación de servicios en el mercado y por tanto el legislador no tendría justificación alguna en excluir al derecho de la competencia con el fin de preservar un sector de la economía.

La no aplicabilidad del derecho de la competencia debería ser autorizada solo en aquellos casos en los que el legislador busque precautelar la existencia de un bien mayor y que por tanto se justifique como pertinente la no existencia de competencia para dicho sector.

El legislador, al crear una normativa, es quien debe encontrar un equilibrio entre aplicar el derecho de la competencia o no para cierto sector económico, teniéndose en cuenta que el derecho de la competencia busca proteger a los consumidores, mejorar la distribución y también proteger a los competidores en un mercado³⁸.

En el presente análisis, en los capítulos subsiguientes, se señalará la existencia de restricciones o limitantes a la competencia en favor de las empresas públicas en procesos de contratación mediante régimen especial, mismos que se han generado simplemente por disposiciones de las autoridades.

Esas disposiciones podrían ser consideradas limitantes a la competencia, mediante las cuales se perjudicaría a los competidores en un mercado, favoreciéndose a las empresas públicas sobre las empresas del sector privado y generándose por tanto afectaciones a la luz del derecho de la competencia.

³⁷ Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Universidad de Oxford, 2015), 13.

³⁸ Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Universidad de Oxford, 2015), 23.

Es por ello que, a continuación, entraremos a analizar al sector de la contratación pública, especialmente a los procesos de contratación realizados a favor de las empresas públicas en régimen especial, los cuales, en ciertos casos se han desarrollado por las disposiciones de las autoridades, generando una limitante a la luz del derecho de la competencia.

Capítulo dos

El régimen especial para empresas públicas en procesos de contratación con el Estado

En el capítulo dos, referente al régimen especial para empresas públicas en procesos de contratación con el Estado, analizaremos: una introducción a la contratación pública, un análisis del régimen especial para empresas públicas en procesos de contratación con el Estado, las ventajas de la aplicación del régimen especial establecidas en la LOSNCP para las empresas públicas en procesos de contratación pública, las disposiciones de las autoridades a las entidades contratantes para desarrollar procesos de contratación con empresas públicas bajo régimen especial, en los que se incluye los casos ejemplificativos de Petroecuador EP, TAME EP, CNT EP, y el desempeño de la empresa pública vs empresa privada.

1. Introducción a la contratación pública

La regulación a los procesos de contratación por parte del Estado ecuatoriano nace con el objetivo de lograr una adecuada administración de los fondos estatales y con la búsqueda de una optimización en la utilización de los recursos al momento de la adquisición de bienes o servicios³⁹.

Dicho proceso regulatorio tiene como fin precautelar que la administración pública actúe bajo el cumplimiento de ciertos principios al momento de la adquisición o prestación de bienes, servicios, incluidos los de consultoría y obras. Por ese motivo se creó una normativa que regula dichas actividades, es decir la LOSNCP.

³⁹Romero Arteta Ponce abogados, “Contratación Pública”, accedió 17 de agosto de 2016, <https://romeroartetaponceabogados.com/areas-de-practica/contratacion-publica/>.

La LOSNCP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008, con su última reforma el 18 de diciembre de 2015, tiene como objetivo el generar un “Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos”⁴⁰.

Esta normativa tiene como objetivo asegurar la utilización de los recursos públicos, garantizando la libre concurrencia sin que se vea afectada la igualdad de los oferentes⁴¹.

María Rodríguez Martín-Retortillo considera que “la contratación pública debe ser una contratación pública estratégica que posea una estrecha relación con la contratación pública responsable, es decir que el Estado, al momento de generar un gasto en una contratación esta sea programada y deba considerar las necesidades que se presenten, precautelando el bienestar tanto de la entidad requirente como de la entidad ofertante”⁴².

La LOSNCP fue concebida como una herramienta que, a través del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene como objetivos “convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional”⁴³ y “garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo”⁴⁴, entre otros.

En la motivación de creación de la normativa, los legisladores manifiestan el interés en que el Estado promueva la producción nacional, esto mediante el uso adecuado de los recursos estatales destinados a la contratación pública y que además fomenta la generación de empleo, el crecimiento de la industria, la asociatividad y la redistribución de la riqueza.

El Sistema Nacional de Contratación Pública, previsto en el artículo 8 de la LOSNCP, se define como el “conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones

⁴⁰LOSNCP, considerando.

⁴¹Inés María Baldeón Barriga, *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de Contratación Pública del Ecuador* (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 128.

⁴²José María Gimeno Feliú, *Compra pública estratégica*. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013), 54.

⁴³LOSNCP, art. 9.

⁴⁴Ibíd.

organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes”⁴⁵. En ese sistema se ha incluido normativa regulatoria para los procesos de contratación en los que se incluyen aquellos determinados bajo los parámetros de régimen especial.

2. Análisis del régimen especial para empresas públicas en procesos de contratación con el Estado

La actividad que realiza el Estado relacionada con la contratación pública genera actos que buscan satisfacer las necesidades de una sociedad. Estos actos son “los actos de gobierno; cuanto ejecutan las autoridades y organismos del Estado para conseguir el bien común [...] la administración se aplica inmediatamente a los bienes en vista del servicio a las personas”⁴⁶.

La LOSNCP divide a los procesos de contratación pública en los pueden realizar a través de un régimen común y a aquellos que se realizan a través del régimen especial.

En el artículo 2 de dicha Ley se menciona que “[s]e someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad”⁴⁷ los procedimiento precontractuales de aquellos procesos que se los considera bajo el régimen especial.

El artículo en mención señala nueve de los procesos de contratación sometidos al régimen especial: la adquisición de medicamentos; los relacionados con la seguridad interna y externa del Estado; comunicación; patrocinio jurídico; obras artísticas literarias o científicas; adquisición de repuestos o accesorios; transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo; contratos con instituciones del sistema financiero y de seguros; los contratos que requiera el Banco Central previsto en el artículo 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero. Por último, con respecto al tema de nuestro análisis, según el

⁴⁵Ibíd, art. 7.

⁴⁶William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2009), 17.

⁴⁷LOSNCP, art. 2.

numeral 8, están sujetos a régimen especial los contratos que se realicen con empresas públicas, empresas subsidiarias a estas y empresas que posean capital mayoritario proveniente del sector público, es decir aquellas empresas que posean mayoritariamente fondos provenientes del Estado.

En la misma línea, el artículo 98 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴⁸ (“RGLOSNC”) establece cuáles son las partes sujetas a este tipo de procedimiento, señalando en reglones generales que serían todas aquellas empresas que posean en un 50% fondos provenientes del Estado.

Los procesos de contratación con empresas públicas son aquellos actos que ejecuta la administración para la obtención de un bien o la prestación de un servicio necesario para la institución para llevar a cabo la gestión de la misma y cumplir así con el objetivo por la cual fue creada.

Las empresas públicas, parte de este proceso de contratación, son definidas en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas como:

entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado. Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria⁴⁹.

⁴⁸ El artículo 98 del RGLOSNC señala que: “El Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí; 2. El Estado o las entidades del sector público con: 2.1 Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público; 2.2 Las empresas subsidiarias de aquellas señaladas en el numeral 2.1. o las subsidiarias de éstas; y, 2.3 Las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento; 3. Entre sí, las empresas públicas, las subsidiarias de estas, o las empresas creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento”.

⁴⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial Suplemento 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 4. En adelante *LOEP*.

La empresa pública es una persona jurídica del sector público que obtiene su presupuesto por parte del Estado, con autonomía en su gestión y un fin propio destinada a sectores estratégicos, prestación de servicios públicos y a genera actividad económica que le corresponde al Estado⁵⁰.

Según Pabel Muñoz, ex Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo:

al hablar de empresas públicas, nos referimos a entidades creadas por el Estado para diferentes fines como la generación de empleo, la producción de bienes y servicios, el desarrollo de capacidades tecnológicas nacionales, el manejo de recursos naturales y sectores estratégicos, la regulación del mercado, el suministro de servicios públicos estratégicos como la energía y telecomunicaciones, entre otros. En un marco general, el objeto de las empresas de propiedad estatal es transformarse en el vector detonante del desarrollo económico y social, en busca de maximizar los beneficios del interés público o nacional⁵¹.

Para el año 2013 se crearon alrededor de “28 empresas de la Función Ejecutiva”⁵², mismas que se encuentran relacionadas a varios sector, entre estos: en el sector de hidrocarburos, tales como Petroamazonas EP y Pretroecuador EP; minería, tal es el caso como la Empresa Nacional Minera ENAMI EP; electricidad, con la Corporación Eléctrica del Ecuador Celec EP; telecomunicaciones, tal como Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP; en el sector productivo, con Tame EP; en seguridad con Fabricamos Ecuador Fabrec EP; social, con la empresa Nacional de Fármacos Enfarma EP y en conocimiento y talento humano la empresa Yachay EP.

La Ley de Empresas Públicas menciona además otra figura de empresa, que se encuentra establecida en la Constitución de la República, aquellas subsidiarias de las empresas públicas, consideradas como entes de economía mixta que poseen un porcentaje accionario mayoritario proveniente de fondos del Estado y que de igual forma se encuentran consideradas dentro del Régimen Especial en el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP.

⁵⁰ Pabel Muñoz L, *Empresas Públicas y Planificación, su rol en la transformación social y productiva* (Quito: El Telégrafo, 2013), 40, <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-P%C3%BAblicas-web.pdf>.

⁵¹ Pabel Muñoz L, *Empresas Públicas y Planificación, su rol en la transformación social y productiva* (Quito: El Telégrafo, 2013), 41, <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-P%C3%BAblicas-web.pdf>.

⁵² *Ibíd.*

En la LOSNCP los legisladores señalaron en la exposición de motivos la necesidad de fomentar la producción y la industria nacional con lo cual se ha visto la necesidad de generar un régimen especializado que fomente los procesos de contratación pública con empresas del sector público.

En Chile, la normativa relacionada a proceso de contratación pública de igual forma ha creado un régimen diferenciado para los organismos del sector público. Según el artículo 3 de la Ley 19.886, los procesos que se lleven a cabo entre organismos públicos entre sí están exentos del cumplimiento de ciertos requisitos:

Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley: [...] b) Los convenios que celebren entre sí los organismos públicos enumerados en el artículo 2º, inciso primero, del decreto ley N° 1.263, de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, y sus modificaciones.⁵³

La normativa chilena es similar a la normativa ecuatoriana al crear procesos diferenciados en contrataciones realizadas para el Estado, pero la normativa chilena hace alusión a convenios realizados entre organismos públicos y no procesos realizados con empresas públicas, siendo importante mencionar que los organismos públicos es una figura distinta a la figura de empresa pública⁵⁴.

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 315, menciona que el Estado ecuatoriano está facultado para la creación de empresas públicas con el fin de generar el desarrollo de los sectores estratégicos, prestación de servicios públicos, aprovechamiento

⁵³Chile, *Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, Diario Oficial, Ley N° 19.886, 30 de julio de 2003, art 3.

⁵⁴ Enciclopedia Jurídica, “Organismos Públicos”, accedió el 18 de septiembre 2016. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/organismos-publicos/organismos-publicos.htm>. En el que se menciona: “Entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado[...] Tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o de gestión, tanto administrativa, como de fomento o de prestación, o la realización de actividades de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado[...] dependen de ésta y se adscriben, directamente o a través de otro Organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine.”

sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y para la creación de empresas públicas que permitan el desarrollo de otras actividades económicas.

Para Luis Ángel Hierro Recio y José Miguel Herrera Maldonado, autores de la publicación *Mecanismos de Intervención del Sector Público. Las Empresas Públicas*, los motivos por los cuales se crea empresas públicas, sus subsidiarias y demás empresas con el 50% de participación proveniente del Estado, es para producir una eficiencia económica, con una mejora en la distribución de la renta y la riqueza⁵⁵.

Los legisladores por tanto han visto la necesidad de crear normativa que da un trato diferenciado a las empresas públicas debido a que el fin de las mismas es fomentar la producción nacional, desarrollando actividades de importancia para el desarrollo del Estado ecuatoriano. El fin de establecer a las empresas públicas como parte del régimen especial es lograr que se lleven a cabo procesos de contratación dinámicos y ágiles, mismos que son necesarios para que las empresas públicas puedan competir con empresas privadas en determinados sectores, desarrollar la industria nacional y con ello fomentar la generación de empleo y la redistribución de la riqueza⁵⁶.

3. Ventaja de la aplicación del régimen especial establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para las empresas públicas en procesos de contratación pública

El régimen especial para procesos de contratación en favor de empresas públicas establecido en la LOSNCP conlleva a que estos procesos de contratación tengan ciertas ventajas que aquellos procesos que se desarrollan mediante régimen común.

⁵⁵Luis Ángel Hierro Recio y José Miguel Herrera Maldonado, *Mecanismos de Intervención del Sector Público: Las Empresas Públicas*, accedió el 07 de mayo 2017. http://personal.us.es/lhierro/Luis_Angel_Hierro/Materiales_docentes_files/LA%20EMPRESA%20PUBLICA.pdf.

⁵⁶ Sebastián Mora, *Las contrataciones en el régimen especial: El Giro Específico del Negocio como procedimiento para la competitividad de las empresas públicas*, 07 de agosto de 2015. <https://www.estudio10.com.ec/item/las-contrataciones-en-el-regimen-especial-el-giro-especifico-del-negocio-como-procedimiento-para-la-competitividad-de-las-empresas-publicas.html>.

Las ventajas del régimen especial se encuentran señaladas principalmente en el artículo 99 del RGLOSNC, siendo la más importante aquella establecida en el numeral 3 del artículo 99 del Reglamento, en la que hace mención a la invitación directa a la empresa pública con la que se desea iniciar el proceso de contratación pública.

Es decir, se permiten procesos de contratación directa con empresas públicas en los cuales no se cuenta con más oferentes que podrían estar interesados en ofertar cierto bien o servicio para la entidad contratante.

En el libro de autoría de Agustín Gordillo se menciona que “en la contratación directa la administración puede apartarse de las bases con las cuales pensaba originariamente contratar”⁵⁷.

En el Ecuador, las entidades contratantes como la entidad oferente se ajustan a lo establecido tanto en los términos de referencia como en los pliegos. Sin embargo, en los procesos mediante contratación directa por régimen especial con empresas públicas se calcula el presupuesto referencias únicamente mediante precios referenciales de anteriores propuestos con las mismas empresas, sin tomarse en cuenta los precios ofertados de otros prestadores en el mercado.

Es por tanto que creemos que mediante en la contratación directa, si bien es cierto no se aparta de lo establecido en los términos o pliegos, lo que se produce en sí es que la misma entidad ofertante con la entidad requirente sean las que determinen los valores relacionados al presupuesto referencial, pudiéndose generar ciertos perjuicios al mercado ecuatoriano, toda vez que se vulnera la posibilidad de tomarse en cuenta precios referencias propuestos por otros oferentes que provengan del sector privado en los procesos de contratación.

Este tipo de procesos de contratación directa puede atentar al principio de objetividad, al encaminarse en selecciones caprichosas, sin estar al margen de la naturaleza de la empresa, con lo que podría generar que la contratación se oriente en contra de los intereses de la misma

⁵⁷ Agustín Gordillo, *Trato de derecho administrativo y obras selectas*, (Buenos Aires: Macchi, 1994), 367.

entidad, destinándose el presupuesto en contratar a empresas del sector público solamente porque pertenecen a ese sector y no por razones referentes a competencia y eficiencia económica⁵⁸.

En el libro *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada* se hace referencia al principio de igualdad de trato, en el que los autores mencionan que “No en vano, está en juego el principio de igualdad de trato, como bien advierte la STJUE de 12 de marzo de 2015, ya que implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho”⁵⁹.

En sí el régimen especial, al no permitir el ingreso a más ofertantes, no solamente puede generar perjuicios económicos al Estado en general, sino que también estaría limitando la participación de otras empresas privadas en los procesos de contratación pública, y afectando principios tales como la igualdad de trato y la objetividad, principios que se encuentran enmarcados tanto en la ley relacionada a la contratación pública como en la ley de competencia.

En este caso, los legisladores crearon la normativa en contratación pública con el fin de desarrollar a las empresas públicas y darle mayor ventaja al sector público, generando procesos de contratación directa y por ende beneficiando a las empresas públicas, otorgándoles la facultad de ser contratadas sin que existan competidores en dicho mercado.

Sin embargo, la ley también facultó la realización de proceso de contratación de otro tipo al establecido en régimen especial, como es el caso de los procesos en régimen común. Es potestad de la entidad contratante el decidir el proceso que más le convenga, permitiendo de esta manera el poder contar con servicios en los que se permitiría tener mayor concurrencia de oferentes.

⁵⁸Miguel Ángel Bernal, *El principio de objetividad en la contratación pública*, accedió el 28 de junio de 2018. <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10072>

⁵⁹José María Gimeno Feliu, Antonio del Moral García, Enrique Gimbernat Ordeig, Joan Josep Queralt Jiménez, Carolina Bolea Bardon, Demelsa Benito Sánchez, José Manuel Gómez Benítez, *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada* (Madrid: Editorial DYKINSON S.L. 2013), 25.

4. Disposiciones de las autoridades a las entidades contratantes para desarrollar procesos de contratación con empresas públicas bajo régimen especial

La normativa ecuatoriana en contratación pública ha generado un régimen que, como se pudo observar con anterioridad, crea la ventaja en favor de las empresas públicas al permitir procesos de contratación pública de manera directa con esas entidades. En sí lo que busca este régimen especial es el desarrollar al sector público, precautelando que los recursos se mantengan en el sector y fomentando la industria nacional.

Como se señaló anteriormente, al existir la necesidad de adquirir un bien o un servicio, la entidad contratante tendría la opción de realizar procesos de contratación a través del régimen común o bien mediante régimen especial, siendo potestativo de la institución.

Lamentablemente esta facultad de decisión de la entidad contratante se ha visto limitada debido a que se han generado ciertas disposiciones por parte de las autoridades, mismas que obligan a la entidad contratante a adquirir un bien o un servicio solamente con empresa pública mediante el proceso de régimen especial.

Con ello la entidad contratante deja de lado a las empresas del sector privado, generando así una posible afectación a empresas que podrían estar interesadas en ofertar dicho producto o servicio de igual manera que las empresas del sector público.

Es importante señalar como antecedentes que mediante Informe de rendición de cuentas del Servicio Nacional de Contratación Pública, del año 2015, en el que se transparentó los tipos de procesos de contratación pública realizados, se determinó que los montos adjudicados alcanzó los valores de “\$7.379 millones de dólares, de los cuales el 63,36% aproximadamente, \$ 4.702 millones, se realizaron mediante procedimientos de régimen común y el 36.07%, aproximadamente \$ 2.677 millones por procedimientos de régimen especial.

De igual manera se menciona que los montos adjudicados en procesos de régimen especial con empresas públicas, mercantiles o subsidiarias fue de \$ 157.960.480,18; sin

contar con el monto adjudicado a entidades públicas o sus subsidiarias por el valor de \$ 525.997.981,94⁶⁰.

En dicha rendición se establece que la empresa con mayor monto adjudicado y número de procesos realizados era Petroecuador EP quien lidera la lista de empresas públicas con un monto total adjudicado de \$ 547.336.390,89. De igual forma se menciona empresas como la Corporación Nacional de Electricidad E.P. con \$234.675.980,38; a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones con \$143.776.375,33; entre otras más⁶¹.

En el análisis que se desarrollará a continuación se evidenciará los casos en el que el Estado ecuatoriano, a través de sus autoridades, ha actuado de manera sesgada, obligando a que se generen procesos que solo buscan favorecer a las empresas del sector público.

Entraremos a señalar los procesos de contratación que se han llevado a cabo con ciertas empresas públicas y la actuación de las autoridades a la luz del derecho de la competencia.

4.1 Petroecuador E.P.

La empresa Petroecuador E.P. tiene como misión:

Gestionar eficientemente los procesos de transporte, refinación, almacenamiento y comercialización nacional e internacional de hidrocarburos, garantizando el abastecimiento interno de productos con calidad, de manera segura, oportuna y sustentable⁶².

Petroecuador E.P. es una empresa cuyo fin es fomentar el sector estratégico, especialmente el sector hidrocarburífero, siendo una de las empresas a las cuales el Estado ha puesto mayor interés.

⁶⁰Ecuador Servicio Nacional de Compras Públicas, *Informe de Rendición de cuentas 2015*, (Quito: Servicio Nacional de Compras Públicas, 2015), 9, accedió el 01 de julio de 2017. http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2016/04/Informe_rendicion_de_cuentas2015.pdf.

⁶¹ *Ibíd*, 16.

⁶² Ecuador Empresa Pública Petroecuador, *Misión*, accedió el 07 de mayo 2017. <https://www.eppetroecuador.ec/?p=3729>

Dicha empresa con el objetivo de gestionar el proceso de comercialización, es propietaria de una red de estaciones de servicio a través de su marca comercial Petrocomercial.

Petroecuador E.P. según los informes de rendición de cuentas del SERCOP desde el año 2014, exceptuando la del año 2015 del que no existe la información correspondiente, poseía una gran cantidad de procesos adjudicados cuyos montos ascienden según lo señalado en la tabla siguiente:

Tabla 1

Procesos de contratación Petroecuador 2014-2018	
Año	Valor adjudicado
2014	690.932.634,10
2016	930.000.000,00
2017	343.000.000,00
2018	174.900.000,00

Fuente: Informes rendición de cuentas SERCOP.

Elaboración: Propia.

Es decir que para el 2014 se le adjudicó un monto aproximado de 690 millones, posterior a ello en el 2016 un monto total de 930 millones y en los años siguientes se adjudicaron montos menores que oscilaban entre 170 millones a 343 millones, pero que sin embargo le permitían continuar en la lista de las 10 empresas a las que mayor monto económico se le ha adjudicado en procesos de contratación.

Petrocomercial evidenció su posicionamiento en el mercado, desde el año 2010, en el cual el diario El Universo publicó una noticia cuyo título era “Petrocomercial gana mercado con red de estaciones filiales”. En dicho artículo se menciona que Petroecuador, propietario de ciertas estaciones de Petrocomercial había aumentado en cantidad a un ritmo acelerado,

ya que para dicho año se tenían alrededor de 10 estaciones y se encontraban en el proceso de culminación de la negociación alrededor de 15 más⁶³.

Cuatro años después en el año 2014 el diario El Comercio, publica una noticia cuyo encabezado dice “Petroecuador manda en la comercialización de gasolina y diésel”⁶⁴, mencionando lo siguiente:

Según datos elaborados por la Cámara Nacional de Distribuidores de Derivados de Petróleo (Canddepe), en base a las cifras de Petroecuador, la estatal vendió el año pasado 430,1 millones de galones de gasolina extra, súper y diésel, lo que significó haberse llevado el 24,6% del mercado de combustibles para vehículos. Le siguen Petróleos y Servicios con el 21,8% y Primax con el 18,6% del pastel. Este liderazgo en el mercado de la empresa pública es fruto de la expansión del número de estaciones de servicio. En el país, 247 gasolineras llevan el logotipo, los precios y el eslogan de Petroecuador, de un total de 1023 a escala nacional. [...]En el mercado ecuatoriano se registran 17 comercializadoras de combustibles, pero el 65% las ventas se concentran en tres. La importación está en manos estatales y hay poca competencia en precios debido a que los precios son subsidiados⁶⁵.

Es necesario señalar que en los procesos de contratación cuyo objeto es la comercialización de gasolina con entidad del sector público, existió por parte de las autoridades estatales la disposición con carácter de obligatoriedad de que se realicen dichos procesos con la empresa pública Petroecuador E.P., convirtiéndola al pasar de los años en la principal oferente de gasolina para el parque automotor perteneciente a entidades estatales a nivel nacional.

Es así que en el año 2016, año de mayor adjudicación de contratos según los informes de rendición de cuentas, se señalaba que era la empresa con mayor participación en el mercado ecuatoriano con el 39%, seguido por Primax con el 13% y, finalmente Petroleos y Servicios PYS C.A. con el 12%:

⁶³ “Petroecuador gana mercado en red de estaciones afiliadas”. *El Universo*, 21 de julio de 2010. <http://www.eluniverso.com/2010/07/21/1/1356/petrocomercial-gana-mercado-red-estaciones-afiliadas.html>

⁶⁴ Alberto Araujo, “Petroecuador manda en la comercialización de gasolina y diésel”. *El comercio*, accedió el 28 de junio de 2018. <http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/petroecuador-manda-comercializacion-de-gasolina.html>

⁶⁵ *Ibíd.*

Tabla 2

Comercializadoras de combustible para el segmento automotriz año 2016		
Año	Empresas	% de Participación
2016	Petroecuador E.P.	39%
	Primax Comercial del Ecuador	13%
	Petroleos y Servicios PyS C.A.	12%

Fuente: Rendición de cuentas Petroecuador 2016

Elaboración: Propia.

Para el 2017, año en el que menor monto de procesos se le adjudicó, de igual manera continuaba liderando en la participación del mercado de comercialización de gasolina a nivel nacional con una ligera disminución a 25%, seguido por Primax con el 21% y, finalmente Petroleos y Servicios PYS C.A. con el 20%.

Tabla 3

Comercializadoras de combustible para el segmento automotriz año 2017		
Año	Empresas	% de Participación
2017	Petroecuador E.P.	25%
	Primax Comercial del Ecuador	21%
	Petroleos y Servicios PyS C.A.	20%

Fuente: Rendición de cuentas Petroecuador 2017

Elaboración: Propia.

El mercado relevante relacionado al producto, que es motivo de análisis en la presente tesis, consiste en la gasolina super, extra y ecopaís, en razón a que en los procesos de contratación realizados por las entidades contratantes se ha adquirido las tres clases de gasolina debido a la variedad de automotores que conforman el parque automotor del sector público.

Sus ganancias por la participación en el mercado en la gasolina super, extra y ecopaís, es proporcional al número de procesos de contratación adjudicados desde el año 2014 al 2017, siendo estos los siguientes:

Tabla 4

Ventas totales de Petrocomercial 2014-2017 (dólares)				
	2014	2015	2016	2017
Super	348.473.560,00	350.154.361,00	308.553.866,00	314.679.712,63
Extra	1.002.651.703,00	910.834.925,00	917.055.071,00	712.149.133,76
Ecopaís	99.684.791,00	236.508.055,00	278.335.680,00	561.826.448,36
Total	1.450.810.054,00	1.497.497.341,00	1.503.944.617,00	1.588.655.294,75

Fuente: Rendición de cuentas Petroecuador

Elaboración: Propia.

Los ingresos de Petrocomercial por comercialización de gasolina desde el año 2014 oscilan en mil millones de dólares, siendo la gasolina extra la que mayor venta ha generado a nivel nacional.

En un proceso comparativo la venta en galones desde el año 2010 hasta al 2016 en con Primax y Petroleos y Servicios PYS C.A. evidencia una vez más el liderazgo de la empresa pública:

Tabla 5

Despacho de combustible 2010-2016 (galones)			
AÑO	EP PETROECUADOR	PRIMAX COMERCIAL DEL ECUADOR	PETROLEOS Y SERVICIOS PYS C.A.
2010	336.280.679,00	278.080.415,00	351.566.409,00
2011	379.876.076,00	302.127.678,00	380.016.040,00
2012	432.472.527,00	320.082.076,00	386.254.051,00

2013	512.671.065,00	325.643.570,00	381.815.206,00
2014	564.483.287,00	340.979.419,00	374.761.025,00
2015	585.018.054,00	364.201.680,00	375.754.808,00
2016	537.879.991,00	396.609.544,00	381.774.396,00

Fuente: Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífera

Elaboración: Propia.

Cabe recalcar que la empresa tiene como venta fija al parque automotor correspondiente al sector público, mismo que para los años 2008 al 2017 mantenía alrededor de 25.184 vehículos a su titularidad, de los cuales su mayoría han adquirido el servicio de gasolina de la empresa pública Petroecuador E.P., tanto de gasolina super, extra, ecopaís y diésel⁶⁶.

Como consecuencia de ello en el 2018, además del alto porcentaje en ventas, Petroecuador E.P. ha aumentado el número de estaciones de servicio a 46 estaciones propias y a 205 estaciones afiliadas siendo la empresa que mayor cantidad de estaciones posee a la época⁶⁷.

Por lo que el mercado geográfico motivo de análisis en la presente tesis corresponde a todas las provincias del territorio ecuatoriano en las que se cuenta con estaciones de servicio de Petroecuador, en las cuales las entidades del Estado han adquirido de manera obligatoria a través de una disposición por parte de las autoridades la gasolina super, extra y ecopaís.

Finalmente en relación a los procesos de contratación generados a favor de Petrocomercial, la empresa del sector público es la que mayor porcentaje de participación en el mercado relevante posee, sin embargo es importante analizar si dicho poder de mercado

⁶⁶ “Un total de 13.612 vehículos tiene el sector público”. *RTW24*, 10 de septiembre de 2018. <https://rtw24.com/2018/09/10/un-total-de-13-612-vehiculos-tiene-el-sector-publico/>

⁶⁷ “Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador Plan Estratégico Empresarial 2018- 2021”, accedió el 03 de marzo de 2019. <https://www.eppetroecuador.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/01/Plan-Estrategico-Empresarial-2018-2021-v22.pdf>

podría generar una afectación a la luz del derecho de la competencia, y por lo tanto es importante definir la existencia de ciertas barreras de entrada y cuál de estas estaría afectando el derecho de competencia.

Pinkas Flint en su libro *Tratado de Defensa de la libre Competencia* señala que al hablar de barreras de entrada se refiere a:

“los obstáculos que impiden o desalientan la entrada de nuevas empresas en un sector de actividad, incluso cuando las empresas instaladas obtienen beneficios excesivos. Estas barreras son estructurales (no deliberadas), o estratégicas. Se les califica a menudo como barreras económicas en el primer caso y barreras de comportamiento en el segundo”⁶⁸

De esta manera se puede señalar que existen barreras de entrada clasificadas en tres grupos, por un lado las naturales, por otro lado las estratégicas y finalmente las legales, clasificación que fue anteriormente señalada en el último subcapítulo del capítulo uno de la presente tesis.

En el primer caso estas se originan por las características del servicio o bien ofertado, barreras generadas por la tecnología, los costos o la demanda entre otros, que no son controladas por las empresas en un mercado.

En el segundo caso son aquellas barreras creadas por el comportamiento de las empresas que evitan o excluyen a competidores en el mercado por fuera de la eficiencia económica.

El tercer caso como lo pudimos analizar con anterioridad son aquellas barreras generadas a través de la existencia de normativa en la que el legislador a creído pertinente su existencia con el fin de proteger a cierto sector, ya que sin dicha normativa la prestación de cierto servicio o la adquisición de cierto bien no se podría desarrollar.

Se podría señalar que mediante la creación de un régimen especial a través de la LOSNCP el legislador creyó pertinente generar ciertas ventajas en los procesos de contratación pública con empresas del sector público, ventajas que ya fueron señaladas en el subcapítulo tercero del presente capítulo.

⁶⁸ Pinkas Flint Blanck, *Tratado de Defensa de la libre Competencia* (Lima: Fondo Editorial, 2002), 224.

En relación de las barreras naturales para el presente análisis se puede considerar como tal el alto costo de inversión, los costos de mantenimiento de las estaciones y el precio de venta al público.

Por ejemplo para el caso de precio de venta al público Petrocomercial es la empresa que menor precio de venta al público oferta, en el año 2015 para la gasolina super, se estableció como precio de venta al público \$2,00 mientras que las empresas comercializadoras tales como Primax o Petroleos y Servicios PyS C.A. establecieron los precios entre \$2,00 a \$2,329⁶⁹.

Cada comercializadora establece el precio de venta al público que le convenga siempre y cuando dichos valores no contravengan a lo establecido en el Reglamento de Regulación de Precios de derivados de Petroleo y de igual manera tienen la potestad de utilizar distintos tipos de estrategias comerciales que permiten atraer a los consumidores.

En el caso de Primax aunque el precio de venta es mayor, en su estrategia comercial se ha enfocado en comercializar la gasolina con un valor agregado al producto que sugiere el uso de aditivos que mejoran el proceso de combustión de los vehículos.

La existencia de distintos precios de venta al público y de distintas estrategias comerciales en el mercado influyen en la decisión del consumidor al momento de adquirir este tipo de servicio, y por ende influye también en la participación en el mercado pudiéndose considerarla en una barrera natural que no es contraria al derecho de la competencia. Por otro lado, en relación a la disposición por parte de las autoridades de que se realicen procesos de contratación únicamente con empresas públicas, se podría creer que se trata de una barrera estratégica, al verse beneficiada Petroecuador E.P. con un porcentaje fijo de consumidores, como es el caso del parque automotor del sector público.

⁶⁹ Carlos Pareja Yannuzzelli, *Petroecuador E.P.: boletín No. 083*, 03 de octubre de 2015. <https://www.eppetroecuador.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/10/2015-083.pdf>

Es así que a través de la disposición emitida por las autoridades, considerándola como un acto anticompetitivo que genera afectaciones en la eficiencia en el mercado a través de la adjudicación de cierta cantidad de procesos de contratación a favor de Petroecuador E.P., la empresa comenzó a ganar poder en el mercado, con un alto porcentaje de clientela proveniente del sector público, que como consecuencia ha generado un aumento en la cuota de participación, con mayor cantidad de galones vendidos desde el año 2012, y generándose una predominancia sobre empresas del sector privado posicionándola según la información anteriormente señalada como pionera en la comercialización de gasolina a nivel nacional.

4.2 TAME E.P.

La empresa pública TAME EP, cuyo objetivo es ser “una aerolínea que une las regiones del Ecuador y fomenta su desarrollo comercial, social, turístico y cultural”⁷⁰, inició sus operaciones en el Ecuador el 17 de diciembre de 1962.

TAME E.P., según la visión establecida en su página web, es la aerolínea emblemática del Ecuador, que facilita el transporte aéreo tanto de pasajeros como de carga hacia las principales ciudades del país, permitiendo el ingreso a aquel territorio al que en un pasado solo se podía acceder por vía terrestre⁷¹.

TAME E.P. según los informes de rendición de cuentas señalados en su página web desde el año 2014, exceptuando la del año 2015 que no existe información correspondiente por parte de la empresa, ha señalado que ha realizado un promedio de 18.516 vuelos a nivel nacional transportando un promedio de 1.479.187 pasajeros según lo expuesto en la siguiente tabla:

⁷⁰Ecuador Tame EP, *Nuestra Historia*, accedió el 10 de julio de 2017. <https://www.tame.com.ec/index.php/es/inicio/informacion-corporativa/nuestra-historia>.

⁷¹Ecuador Tame EP, *Misión y Visión*, accedió el 10 de julio de 2017. <https://www.tame.com.ec/index.php/es/inicio/informacion-corporativa/mision-y-vision>.

Tabla 6

Vuelos TAME E.P. 2014, 2016, 2017 y 2018		
Año	No. vuelos nacionales	Nro. de pasajeros transportados
2014	25.132	1.918.075
2016	17.947	1.547.875
2017	15.221	1.227.636
2018	15.763	1.223.161
PROMEDIO	18.516	1.479.187

Fuente: TAME, Avianca y LATAM.

Elaboración: Propia.

Una vez verificado en el portal del SERCOP, se pudo observar que se han adjudicado varios procesos de contratación pública a la empresa TAME E.P., por parte de entidades del Estado; cuyos procesos de contratación han sido para la adquisición de pasajes para servidores públicos de distintas instituciones.

Esto tiene su razón debido a que igual que en el caso de Petroecuador, las autoridades dispusieron la realización de procesos de contratación de manera obligatoria con la empresa TAME E.P., dicha disposición se generó a través del oficio Nro. SGA-0-09-3399 de fecha 03 de agosto de 2009, suscrito por el Secretario General de la Administración Pública de ese entonces, en el que comunicó a todos las Carteras de Estado que:

Por disposición del señor Presidente Constitucional de la República me permito comunicarles que los servicios de transporte aéreo para sus respectivos ministerios, organismos dependencias, entidades e instituciones deberán ser contratados con la empresa TAME Línea Aérea del Ecuador, al amparo de lo dispuesto en los artículos 2 numeral 8 de la LOSNCP y 98 de su Reglamento General⁷².

Como consecuencia de las disposiciones de las autoridades, la empresa TAME E.P. comenzó a ganar poder en el mercado relacionado al transporte de pasajeros a nivel nacional.

⁷²Vinicio Alvarado Espinel, *Secretaría General de la Administración Pública: oficio Nro. SGA-0-09-3399*, 03 de agosto de 2009.

Es así que en el año 2014, en una publicación realizada por el diario El Telégrafo, el gerente general de TAME E.P. de esa época, Fernando Guerrero, señalaba que la empresa TAME se había convertido en un regulador de precios en el mercado mencionando además que poseía un 52% de participación en el mercado; citando textualmente al exgerente decir que “somos los dueños del mercado, y en general estamos creciendo diariamente un punto porcentual en lo nacional”⁷³.

La empresa TAME E.P. según la publicación realizada para el año 2014, en vuelos a nivel nacional, era la línea aérea pionera que ocupaba el 52% del mercado nacional.

En el año 2016, la empresa TAME E.P. de igual manera era la aerolínea con mayor participación de mercado en Ecuador con el 41%, seguido por LATAM con el 39% y, finalmente Avianca con el 20%.

Tabla 7

Participación en el mercado 2016			
Aerolínea	TAME	LATAM	Avianca
Participación	41%	39%	20%

Fuente: Dirección General de Aviación Civil.

Elaboración: Propia.

Para el año 2017 TAME E.P. continúa liderando en la participación del mercado en vuelos a nivel nacional con un 39.9%, seguida por la empresa LATAM con el 30.9% y finalmente en tercer lugar la empresa Avianca con el 25.7% de la participación⁷⁴.

Tabla 8

Participación en el mercado 2017			
Aerolínea	TAME	LATAM	Avianca
Participación	39.9%	30.9%	25.7%

⁷³“Tame EP ocupa el 52% del mercado nacional”. *El telégrafo*, 17 de mayo de 2014 <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/tame-ep-ocupa-el-52-del-mercado-nacional>.

⁷⁴ Nicolás Larenas, “Análisis al mercado aeronáutico ecuatoriano 2017”. 05 de febrero de 2018. <https://www.nlarenas.com/2018/01/analisis-al-mercado-aeronautico-ecuadoriano-2017/>

Fuente: Dirección General de Aviación Civil.

Elaboración: Propia.

Hay que tomar en consideración que aunque la empresa TAME E.P. lideraba en la participación en el mercado durante los años señalados, en una publicación realizada por el diario el Telégrafo del 15 de noviembre del 2017, se señala que TAME E.P. estaba teniendo problemas con el tipo de servicio que ofrecía, generándose atrasados en la programación de los viajes y problemas con aviones a los cuales no se les estaba realizando el mantenimiento respectivo⁷⁵.

Independientemente de la mala prestación del servicio que podía evidenciarse por parte de la empresa TAME E.P. para la presente fecha la aerolínea tiene la mayor cantidad de rutas a nivel nacional en comparación a las aerolíneas tales como Avianca o LATAM, siendo las frecuencias de viaje para cada aerolínea a nivel nacional las siguientes:

Tabla 9

Destinos de viaje a nivel nacional al 2019			
DESTINO	TAME	AVIANCA	LATAM
Quito	✓	✓	✓
Guayaquil	✓	✓	✓
San Cristóbal	✓	✓	✓
Baltra	✓	✓	✓
Manta	✓	✓	
Coca	✓	✓	
Cuenca	✓		✓
Esmeraldas	✓		
Lago Agrio	✓		

⁷⁵ “\$ 8 millones es la deuda del Estado con TAME”. *El telégrafo*, 15 de noviembre de 2017. <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/1/usd-8-millones-es-la-deuda-del-Estado-con-tame-ep>.

Santa Rosa	✓		
Loja	✓		

Fuente: TAME, Avianca y LATAM.

Elaboración: Propia.

Como se puede observar la empresa TAME E.P. desde el año 2014 ha sido la empresa líder en la prestación del servicio de transporte aéreo de pasajeros a nivel nacional, considerándose como mercado relevante de producto a la compra de pasajes nacionales por parte de entidades del Estado a dicha empresa.

Por otro lado se podría considerar como mercado relevante geográfico a las rutas anteriormente señaladas, teniendo por un lado aquellas rutas en donde existe presencia de empresas que podrían competir en el mercado como es el caso de las aerolíneas Avianca y Latam, y por otro lado aquellas rutas en las cuales no se ha generado el ingreso de otras aerolíneas en el mercado y que por tanto la única que ofrece dicho servicio es la empresa TAME E.P. convirtiéndola a la empresa pública que más rutas a nivel nacional ha ofertado en el Ecuador.

Es necesario tomar en cuenta que si bien el mercado relevante geográfico consiste en las rutas anteriormente señaladas en la que la mayoría de los procesos de contratación con el Estado se los ha realizado mediante la contratación de paquetes abiertos en los que permite que los servidores públicos puedan adquirir cualquier ruta según sus necesidades, de aquellas rutas ofertadas por la empresa TAME E.P. a nivel nacional, existen de igual manera aquellos procesos de contratación realizados por ciertas entidades de Estado en el que la compra se limita a ciertas rutas, siendo indispensable tomar en consideración dicha variable al momento de determinar el mercado relevante.

Por otro lado de igual manera existen otras variables que son necesarias de señalar al momento de determinar el mercado relevante geográfico, como es el caso de la existencia de subsidios cruzados por parte del Estado que favorece a la empresa pública TAME E.P. y que permite que en ciertas rutas en las que no existe mucha afluencia de pasajeros la oferta de pasajes sea por debajo al precio establecido por las distintas aerolíneas en el mercado.

Por otro lado igual que en el caso de Petroecuador E.P., con TAME E.P en el presente análisis de mercado se han generado barreras de entrada naturales y estratégicas según las características del servicio ofertado.

En relación a las barreras naturales tenemos el alto costo de inversión para la adquisición de aeronaves, altos costos en el mantenimiento de las mismas y el precio de venta de pasajes nacionales.

Por ejemplo en relación a los costos de los pasajes nacionales, las empresas han generado una intensa rivalidad en el sector aeronáutico, existiendo variedad de estrategias que las aerolíneas utilizan, ofreciéndose todo tipo de promociones, ofertas, descuentos y más con el fin de demostrar que aerolínea posee las tarifas más económicas, tarifas que fluctúan de mes a mes.

Por otro lado, como barrera estratégica se podría considerar a las disposiciones por parte de las autoridades con carácter de obligatoriedad en las que se solicita la realización de procesos de contratación únicamente con empresas públicas.

Lo que sí es factible asegurar es que dichas disposiciones igual que en el caso de Petroecuador E.P. son un limitante al derecho de la competencia toda vez que TAME E.P. se ve favorecida al no contar con competidores del sector privado en la oferta de pasajes para entidades del Estado, al tener posicionamiento en el mercado de pasajes aéreos a nivel nacional, y toda vez que posee una clientela fija por parte del sector público mediante los pasajes vendidos a los servidores públicos que para el 2015 fueron 487.885⁷⁶.

Dichos limitantes no permiten el ingreso de empresas que podrían proveer de pasajes a nivel nacional al sector público, siendo TAME E.P. quien a través de procesos de contratación en régimen especial ha logrado beneficiarse y por tanto liderar como empresa proveedora de pasajes aéreos a nivel nacional desde el año 2014 hasta el 2017. Cabe señalar que como consecuencia de las adjudicaciones de procesos de contratación en favor de la

⁷⁶ “El 97% del aumento en servidores públicos corresponde a 5 sectores de alto impacto social”. *El telégrafo*, 12 de septiembre de 2015. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/el-97-del-aumento-en-servidores-publicos-corresponde-a-5-sectores-de-alto-impacto-social>

empresa TAME EP, hasta el momento no se ha generado ningún proceso investigativo por parte de la Superintendencia de Control y Poder de Mercado, en lo que le compete; pudiendo existir limitaciones al derecho de la competencia debido a las disposiciones de las autoridades de la época.

La Contraloría General del Estado ha emitido varios informes de control a los procesos precontractuales, contractual, ejecución y liquidación de los contratos suscritos por TAME E.P, sin embargo dichos controles se han realizado en procesos en los que intervienen empresas del sector privado mas no con instituciones del sector público.

4.3 CNT E.P.

La Corporación Nacional de Telecomunicaciones E.P. tiene como visión el “ser la empresa líder de telecomunicaciones del país, por la excelencia en su gestión, el valor agregado que ofrece a sus clientes y el servicio a la sociedad, que sea orgullo de los ecuatorianos”⁷⁷.

A diferencia de algunos de los casos ejemplificados anteriormente, CNT EP no es una empresa predominante en el sector de las telecomunicaciones. Es CONECEL S.A., una compañía privada, quien tiene un mayor poder de mercado en el sector de las telecomunicaciones en el Ecuador.

Sin embargo, el Estado ecuatoriano ha generado una gran cantidad de procesos adjudicados a la empresa CNT EP, esto debido a que las entidades del sector público, de igual manera tienen la obligatoriedad de contratar paquetes de distinto tipos de servicios con la empresa CNT EP.

Esto se evidencia mediante Acuerdo Ministerial Nro. 40-2013, publicado en el Registro Oficial No. 45 del 23 de junio de 2013, en el que el Ministerio de

⁷⁷ Ecuador Corporación Nacional de Telecomunicaciones EP, *Misión y Visión*, accedió el 22 de julio de 2017. <http://corporativo.cnt.gob.ec/mision-vision-y-estructura/>.

Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información mediante reforma al artículo 1 del Acuerdo Ministerial 141 de fecha 31 de mayo de 2011, establece que:

[...] cuando demanden la contratación de servicios de telecomunicaciones (telefonía fija, servicio móvil avanzado, enlaces de datos), servicios de valor agregado (servicio de internet) y otros servicios vinculados con este ámbito, lo hagan con una empresa pública de telecomunicaciones: y, en caso de requerir redundancia y alta disponibilidad para los servicios de enlaces de datos e internet, los servicios secundarios podrán ser contratados con otras prestadoras de servicios de telecomunicaciones: las cuales deberá ser de hasta la capacidad máxima del principal. La contratación de estos servicios se lo realizará aplicando lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General⁷⁸.

El Ministerio de Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información mediante acuerdo ministerial dispuso a las entidades del Estado que los procesos de contratación que tengan como fin la obtención de uno de los servicios otorgados por CNT se realicen la contratación con dicha empresa.

Con esto, CNT E.P. ha logrado adjudicarse varios procesos de contratación, no por el hecho de ser una de las empresas en telecomunicaciones pioneras en el país, sino porque se trata de una empresa estatal, que mediante disposiciones escritas de las autoridades de turno han dispuesto su contratación de manera obligatoria.

El acuerdo ministerial además hace mención que únicamente podrán ofertar las empresas del sector privado cuando, la empresa pública no cuente dentro de su paquete de ofertas el servicio que la entidad contratante desearía adquirir, permitiéndole solo en ese momento el ingresar al mercado.

Estas actuaciones en favor de la empresa pública nuevamente serían relacionadas a disposiciones arbitrarias por parte de las autoridades en las que se limita la capacidad de la entidad contratante en determinar el proceso de contratación que desea realizar y además a que en dicho mercado no puedan ingresar operadores económicos del sector privado.

⁷⁸Ecuador Ministerio de Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información, *Acuerdo Ministerial 40-2013*. Registro Oficial 45, Suplemento, 23 de junio de 2013, art 1.

4.4 Desempeño de la empresa pública vs. empresa privada

Debido a la obligatoriedad que existe por parte del Estado para las entidades contratantes de generar procesos de contratación únicamente con empresas públicas, aplicando la modalidad de régimen especial y, por ende, contrataciones directas, no se han generado muchos procesos de contratación que permitan comparar ofertas de similares características entre empresas privadas y empresas públicas.

Sin embargo, luego de revisar el portal del SERCOP se localizó uno de los casos en el que una institución del sector público generó un contrato con una empresa del sector público y posterior a ello debido a su poca eficiencia en la prestación de servicios decidió proceder a contratar a otra empresa, pero esta vez del sector privado mediante el proceso de subasta inversa.

El caso al que hacemos referencia corresponde al contrato suscrito en el año 2016 por parte del Consejo de la Judicatura con la empresa pública Correos del Ecuador CDE E.P., cuyo objeto de contratación correspondía a la prestación del “servicio de entrega de citaciones judiciales en las provincias de Pichincha y Guayas desde las diferentes dependencias del Consejo de la Judicatura”⁷⁹.

Dicho proceso de contratación empezó mediante la emisión por parte del Consejo de la Judicatura de la Resolución de Inicio Nro. 024, en la que se aprobaron los pliegos del proceso de Régimen especial y se invitó a la empresa Correos del Ecuador E.P. a participar en el proceso, esto con fecha 28 de marzo de 2016.

Como se había señalado de manera reiterativa en régimen especial solo se cuenta con una oferta y con un solo oferente que se lo invita mediante la emisión de la resolución correspondiente, siendo esta la ventaja principal en la realización de este tipo de procesos.

El proceso de régimen especial por contratación directa culminó con la firma del contrato Nro. 010- 2016, el 01 de abril de 2016, por un monto total de USD. 508.928,57.

⁷⁹ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Contrato 010-2016*, 01 de abril de 2016. https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=1cZEdQs8a7YhECJ8zN2O5DDmO18gG6Cgi_q0StH7eYY

Durante el proceso se realizó: la reforma al plan anual de contrataciones (PAC), la emisión de pliegos, la emisión de certificación presupuestaria, la presentación de oferta por parte de CDE E.P., la apertura de oferta, acta de calificación, acta de audiencia, resolución de adjudicación y finalmente la emisión de contrato; todo esto en el plazo de 5 días, proceso que se podría considerar ágil y que permitió iniciar con la prestación del servicio de manera inmediata con la empresa oferente⁸⁰.

Posterior a ello las partes consideraron complementar el contrato principal y el 01 de noviembre de 2016 se suscribió un contrato en el cual se aumentó el valor del mismo en USD. 178.124,99, es decir la prestación del servicio llegó a costar un total de USD 687.053,56⁸¹ por un plazo total hasta diciembre del mencionado año.

La empresa Correos del Ecuador CDE E.P. tiene como misión ser “una empresa pública de servicios postales logísticos con cobertura a nivel nacional e internacional con talento humano comprometido en garantizar la eficiencia y seguridad en la prestación de sus servicios”⁸².

La prestación del servicio postal logístico de correos del Ecuador igual que el caso de las empresas públicas antes señaladas se ve impulsado por la demanda del sector público, estableciéndose mediante el proceso de régimen especial que se adjudiquen procesos de contratación pública por parte de entidades de administración pública a esta empresa.

Es así que como en ciertos casos manifestados anteriormente, para Correos del Ecuador de igual forma se emitió el oficio Nro. SNAP-SNADP-2013-000243-O de fecha 26 de septiembre de 2013, por parte del Secretario Nacional de la Administración Pública de ese

⁸⁰ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Apertura de Oferta, Acta de calificación, Acta de Audiencia, Resolución de adjudicación*, accedió el 23 de julio de 2017. https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=1cZEdQs8a7YhECJ8zN2O5DDmO18gG6Cgi_q0StH7eYY

⁸¹ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Contrato Complementario*, 01 de noviembre de 2016. https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=1cZEdQs8a7YhECJ8zN2O5DDmO18gG6Cgi_q0StH7eYY

⁸² Ecuador Correos del Ecuador CDE E.P., *Valores*, accedió el 20 de julio de 2017. <https://www.correosdeecuador.gob.ec/valores/>

entonces en el que comunicó a las Carteras de Estado la disposición del ex presidente de la República señalándose que:

[...] las instituciones públicas del Estado deben tomar las medidas del caso para el envío de correspondencia nacional e internacional y otros servicios vinculados con este ámbito, se lo realice en su totalidad con la empresa Pública Correos del Ecuador CDE E.P.; al ser esta el Operador Público del Servicio Postal Oficial del Ecuador de conformidad con lo señalado en el Art. 1 del Decreto de creación de la Empresa, N° 324, publicado en el Registro Oficial N° 184.⁸³

A pesar de ello, posterior a la ejecución del contrato con la empresa pública y al tomar la decisión de no volver a generar un proceso de contratación con dicha empresa, y aunque la LOSNCP permita contratar a través de cualquier tipo de régimen que le convenga a la entidad contratante siempre y cuando se cumpla con los requerimientos de la norma, la entidad contratante tuvo que emitir un comunicado, publicado en su página web, en la que señaló que:

El contrato con Correos del Ecuador está por cumplir el plazo para el que fue pactado y por ello, el CJ se encuentra en negociación con una empresa privada (Tramaco Express) para que, desde abril, brinde este apoyo logístico a nivel nacional. El objetivo es optimizar los índices de efectividad en la entrega de los documentos, así como mejorar los tiempos de distribución a través de la implementación de tecnología que permitirá ubicar las direcciones de los demandados⁸⁴.

Es así que la entidad contratante se vio obligada en justificar su actuación mediante comunicado oficial en su página web, tomando como decisión el iniciar un proceso de contratación por subasta inversa, mediante el cual se obtenía mayor cantidad de oferentes, que al volver a generar un proceso mediante régimen especial por contratación directa con la empresa Correos del Ecuador.

La decisión de la entidad contratante se debió a que existían incumplimientos de la empresa pública Correos del Ecuador, mismos que se pudieron evidenciar a través del

⁸³Cristian Castillo Peñaherrera, *Secretaría Nacional de la Administración Pública: oficio Nro. SNAP-SNADP-2013-000243*, 26 de septiembre de 2013.

⁸⁴ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Comunicado de Prensa*, accedió el 20 de marzo de 2018. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/saladeprensa/noticias/item/6683-comunicado-de-prensa.html>

OFICIO-CJ-DNGP-SNGPG-2017-2 de 30 de enero de 2017, en el que el Consejo de la Judicatura informó a la empresa Correos del Ecuador que por motivos de incumplimiento del contrato por retrasos en la entrega de citaciones y por citaciones que fueron objeto de robo, se establecían multas a la empresa, mismas que ascendieron al valor de USD. 2.871,81⁸⁵.

Si bien es cierto el valor correspondiente a cobro por multas no es un valor muy alto, el perjuicio generado por la demora en la entrega de notificaciones perjudica a todo el sector judicial atentando contra el principio de celeridad en los juicios.

El Consejo de la Judicatura tenía como objetivo optimizar los índices de efectividad en la entrega de documentos y mejorar los tiempos de distribución, acción que no se logró con la contratación de la empresa pública, y aunque existía un régimen especial que permitía una contratación directa, la misma solo se realizaba porque existía una disposición de las autoridades estatales, más no porque se tratase de una empresa eficiente en el cumplimiento de su objetivo; dejándose por fuera a través de un proceso de contratación directa a empresas que sí hubiesen podido cumplir con los requerimientos del Estado de manera eficiente⁸⁶.

Tal es así que, el Consejo de la Judicatura, después de varios problemas con la empresa pública que llevaron hasta una suscripción del convenio de pago⁸⁷, finalmente inicio el proceso de contratación por subasta inversa electrónica Nro. SIE-CJ-DNA-001-2018 cuyo objeto fue el “Servicio de entrega de citaciones judiciales con geo referencial y transferencia de información a nivel nacional desde las diferentes dependencias del Consejo de la Judicatura”⁸⁸ con fecha 28 de febrero de 2018.

⁸⁵ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Notificación de Multa*, accedió el 04 de marzo de 2018.

https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=1cZEdQs8a7YhECJ8zN2O5DDmO18gG6Cgi_q0StH7eYY

⁸⁶ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Comunicado de Prensa*, accedió el 20 de marzo de 2018. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/saladeprensa/noticias/item/6683-comunicado-de-prensa.html>.

⁸⁷ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Convenio de pago*, accedió el 04 de marzo de 2018.

https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=1cZEdQs8a7YhECJ8zN2O5DDmO18gG6Cgi_q0StH7eYY.

⁸⁸ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Resolución de Inicio*, accedió el 04 de marzo de 2018.

Dicho objeto del contrato debe considerarse como el mercado relevante de producto analizado en la presente tesis mismo que contó con la presentación de cuatro ofertas, por parte de las empresas Urbano Express, Tramacoexpress Cía. Ltda., Logcourier Logística Integral Cía. Ltda., y Servientrega Ecuador S.A., siendo la adjudicada mediante Resolución Nro. 023 la empresa TRAMACOEXPRESS Cía. Ltda., aquella que cumplió con lo solicitado en los términos de referencia por parte del Consejo de la Judicatura.

Finalmente con fecha 18 de abril de 2018, el Consejo de la Judicatura suscribe el Contrato Nro. 009-2018, con la empresa TRAMACOEXPRESS Cía. Ltda., proceso que duro 20 días en si totalidad, por el plazo de 365 y por el monto de USD. 2.392.000,00; empresa que hasta el momento sigue prestando el servicio sin inconveniente alguno⁸⁹.

<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=G943o3FB9ScAaABgDsYdBDkgSoUArvskBXjiuQjXKYk>> Consulta: 04 de marzo de 2018.

⁸⁹ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Contrato 009-2018* accedió el 04 de marzo de 2018.
<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=G943o3FB9ScAaABgDsYdBDkgSoUArvskBXjiuQjXKYk>.

Capítulo tres

La abogacía de la competencia y la obligación de contratar bajo el proceso de contratación pública de régimen especial para empresas públicas.

El capítulo tres se refiere a la abogacía de la competencia y la obligación de contratar bajo el proceso de contratación pública de régimen especial para empresas públicas, en el que se incluye la problemática de la obligación por parte de las autoridades de contratación con las empresas públicas desde la perspectiva del derecho a la competencia y el rol de la abogacía de la competencia respecto a la orden de contratar bajo el proceso de contratación pública de régimen especial para empresas públicas desde la perspectiva del derecho de la competencia.

1. Problemática de la obligación por parte de las autoridades de contratación con las empresas públicas desde la perspectiva del derecho a la competencia

La problemática existente es que las autoridades mediante oficio o a través de acuerdo ministerial emitieron disposiciones con carácter obligatorio para que se desarrollen procesos de contratación con las empresas del sector público a través de la herramienta de régimen especial, creándose una excepción a favor de las empresas públicas en los procesos de contratación pública a la luz del derecho de competencia.

Las disposiciones de las autoridades consisten en un limitante al derecho de la competencia, mediante el cual se obliga a generarse procesos de contratación mediante régimen especial teniendo como consecuencia que se beneficie a las empresas públicas con contrataciones directas, sin que se permita la realización de procedimientos mediante régimen común.

Las disposiciones de las autoridades, en los casos analizados con anterioridad, son un claro ejemplo en el que las entidades contratantes se han visto obligadas a realizar procesos de contratación con empresas públicas, sin que se permita el ingreso de oferentes por parte del sector privado a dicho mercado, creándose limitantes a la luz del derecho de la competencia en desmedro de las empresas privadas⁹⁰.

Los limitantes mediante un futuro análisis por parte de las autoridades competentes podrían ser considerados como barreras de entrada estratégicas que podrían estar afectando a un mercado relevante en el que las empresas se encuentran desarrollándose, con lo cual como consecuencia de ello se debería de establecer las respectivas sanciones por dichas prácticas.

Es necesario enfatizar que al no existir las disposiciones provenientes de las autoridades, las entidades contratantes quedarían facultadas para desarrollar procesos de contratación a la conveniencia de la entidad, pudiéndose decidir por la contratación pública directa por régimen especial, o por régimen común.

La LOSNCP, prevé la existencia del régimen especial, aquel que consiste en un régimen más ágil y que permite contrataciones directas, pero a la vez crea el régimen común, aquel que permite la concurrencia de más oferentes dentro del proceso de contratación y que por tanto consiste en un proceso cuyos parámetros son más relacionados al derecho de la competencia, en los que se permite la concurrencia de empresas no solo del sector público sino también del sector privado.

La LOSNCP, por tanto, faculta a la entidad contratante el realizar procesos de contratación distintos según las necesidades de dicha institución, pudiendo elegir entre procesos de contratación mediante régimen especial o mediante procesos de régimen común.

Un ejemplo de esto es el proceso que generó el Consejo de la Judicatura mediante subasta inversa, en los que se permitió contar con una mayor cantidad de oferentes, los

⁹⁰ Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Universidad de Oxford, 2015), 3.

mismos que se deberán ajustar a las exigencias y necesidades establecidas en los pliegos por la entidad contratante⁹¹.

La competencia genera que las empresas puedan pelear por la superioridad de una respecto a otra, esforzándose en conseguir consumidores en un mercado y proponiendo procesos en los que se fomenta la rivalidad entre operadores con el objetivo de conseguir mayor cantidad de contratos.

Con procesos en los que se establezca la libertad de competencia, no solamente se logra la rivalidad entre los ofertantes sino que también se ha demostrado que existen beneficios para la entidad contratante⁹².

El bienestar de la entidad se maximiza al contar con un ambiente de competencia, en el que como consecuencia de ella las empresas oferentes busca dinamizan la producción e innovar y por tanto la entidad puede acceder a mejores productos⁹³.

A través de la existencia de competencia en el área de contratación pública, se logra una combinación óptima en el que el precio de la entidad oferente podría igualar o hasta ser menor al presupuesto referencial establecido por la entidad contratante, por lo que se obliga además a que los oferentes para poder aumentar sus ganancias deban aumentar su producción y la calidad de los productos ofertados, permitiendo que las entidades contrates se interesen en mantener dichos contratos con esas empresas.

En algunos países que se ha intentado aplicar el ideal teórico de la competencia perfecta, se ha visto mayores beneficios que al planear y manejar la economía de un Estado a través de la creación de limitantes, mediante acciones que son contrarias a la competencia⁹⁴.

En los casos ejemplificativos las autoridades, al no permitir que la entidad contratante decida el proceso de contratación más conveniente, generaron un favoritismo hacia los procesos con empresas del sector público en el Ecuador, que podría estar limitando la

⁹¹ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Contrato 009-2018* accedió el 04 de marzo de 2018.

<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=G943o3FB9ScAaABgDsYdBDkgSoUArvskBXjiuQjXKYk>

⁹² *Ibíd.*, 18.

⁹³ *Ibíd.*, 19.

⁹⁴ *Ibíd.*

capacidad de elegir al operador económico que podría ofertar mejores prestaciones, al disponerse de manera obligatoria el uso de una herramienta en la LOSNCP, como es el régimen especial.

Las autoridades con dicho actuar generan una restricción en el derecho de la competencia con el argumento de beneficiar a empresas del sector público, impulsando su desarrollo y permitiendo que estas empresas puedan crecer en el mercado, incentivando además que la circulación del dinero se la realice entre empresas del mismo Estado.

Richard Whish y David Bailey, en su libro *Competition Law* señalan que es posible que los valores y juicios sociales y políticos en un Estado lleguen a la conclusión de que la competencia es inadecuada en un sector de la economía⁹⁵. Un ejemplo que se señaló en el presente análisis hace referencia al sector de la agricultura, sector que es precautelado mediante normativa, al generar excepciones en el derecho de la competencia.

Se podría llegar a pensar que la limitación a la competencia podría corresponder por temas sociales como fue el caso en UE en el que se estableció un precio fijo por el servicio de transporte, siendo la vía en que en Europa más personas puedan acceder al servicio, y en la que el Estado precautele de esta manera la prestación de un servicio⁹⁶.

Los legisladores, se encuentran facultados de precautelar ciertos sectores de la economía por la búsqueda de un beneficio mayor hacia la ciudadanía, por lo cual si es factible el limitar en ciertos casos a la competencia.

Sin embargo, en el presente caso dicha limitación a favor a las empresas públicas no tiene relación a la prestación de un servicio único para la ciudadanía que solo puede ser otorgado por las empresas públicas.

Los procesos de Petroecuador, TAME, CNT o Correos del Ecuador, al existir una intervención de las autoridades en la que se adjudiquen contratos con el Estado mediante el

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*, 13-14.

uso del régimen especial, fueron en razón a la naturaleza de dichas empresas mas no por los servicios ofertados⁹⁷.

Las empresas públicas no son las únicas en el mercado que podrían ofertar dicho servicio por lo que la ciudadanía no necesariamente se vería afectada si es que las empresas públicas no los otorgaran.

En el caso ejemplificativo de la empresa Correos del Ecuador E.P., al no otorgar un servicio eficiente al Consejo de la Judicatura, se inició un proceso de contratación en régimen común en el que mediante las ofertas presentadas existieron empresas que pudieron sustituir la prestación del servicio pero esta vez desde sector privado.

En estos casos, no existe la protección de un sector debilitado o bien el otorgamiento de un servicio que al no protegerse la ciudadanía no podría obtenerlo. Al crear una limitación mediante disposiciones de autoridades en el uso del régimen especial, lo que se está logrando es restringir a la competencia sin justificativo alguno, más allá de que dichas empresas son parte del sector público.

Es necesario que las autoridades en derecho de la competencia analicen cada uno de estos casos para así determinar el justificativo de la autoridad al generar una limitante al derecho de la competencia, y que si la misma es pertinente o no, todo por la búsqueda de favorecer a las empresas públicas en el ámbito de la contratación pública.

2. El rol de la abogacía de la competencia respecto a la orden de contratar bajo el proceso de contratación pública de régimen especial para empresas públicas desde la perspectiva del derecho de la competencia

La razón de ser del derecho y de la política de competencia consiste en proteger a la competencia en el mercado, es decir “proteger a los competidores que participan en él. Con

⁹⁷ Ibíd.

arreglo a este objetivo, las disposiciones de competencia son aplicadas para garantizar la presencia de rivales en el mercado a fin de nutrir el proceso competitivo”⁹⁸.

La política relacionada a la competencia es considerada como un instrumento de control, frente a un uso indebido o excesivo de poder en el que se busca evitar situaciones que podrían ser consideradas como injustas, y que con dichas acciones de control se lograría obtener un mercado equilibrado y eficiente⁹⁹.

El derecho de la competencia posee una estrecha relación con otros ámbitos del derecho. Por lo tanto que a la competencia no se la puede observar únicamente desde una perspectiva, sino que es necesario el observarla de manera conjunta con otras ramas del derecho y buscar un equilibrio en la aplicabilidad de las mismas y también con las autoridades que intervienen en el mercado¹⁰⁰.

En el Ecuador, con la creación de la normativa en derecho de la competencia, la LORCPM y su Reglamento General, se creó también el ente de control mismo que estructuró a la entidad en razón a su misión institucional.

Mediante Resolución No. SCPM-DS-22-2018, el Superintendente de Control del Poder de Mercado (E) de la época, el Ing. Christian Ruiz Hinojosa, expide la Reforma del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el cual manifiesta la clasificación de los procesos sustantivos mismos que se encuentran conformados por : la Intendencia General Técnico, Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas,

⁹⁸Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres, Mónica Fuentes Naharro, *Derecho de la Competencia* (Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2013), 36.

⁹⁹Ibíd, 37.

¹⁰⁰ Luis Fernando Álvarez Londoño, *Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina*. (Bogotá: Vniversitas, 2008). 258

Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, Intendencia Nacional de Abogacía de la competencia y la Intendencia Nacional Jurídico¹⁰¹.

Al precautelar la existencia de la competencia en el sistema ecuatoriano, se vio la importancia de crear la Intendencia de Abogacía de la Competencia, entendiéndola a la abogacía de la competencia como un "conjunto de actividades realizadas por la autoridad para promover un ambiente favorable a la competencia"¹⁰².

El Banco Mundial se ha manifestado en razón de la importancia de la abogacía de la competencia en los sistemas señalado que:

La competencia puede ser disminuida de forma significativa por diferentes políticas públicas, como también por acuerdos institucionales. De la misma forma, diferentes prácticas anticompetitivas de las empresas son facilitadas por distintas intervenciones gubernamentales en el mercado. Por lo tanto, el mandato de las oficinas de competencia se extiende más allá de la sola aplicación de las normas de competencia. Así, debe participar en la formulación de forma general de políticas económicas de su país, sobre todo aquellas que puedan afectar negativamente la estructura competitiva de los mercados, la conducta de las empresas y el resultado económico. Por ello debe asumir el rol de abogado de la competencia, actuando proactivamente en la disminución de barreras a la competencia, en la desregulación y liberalización de los mercados, a través de políticas públicas que minimicen la intervención innecesaria del gobierno en el mercado¹⁰³.

En la Resolución No. SCPM-DS-22-2018, Reforma del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se manifiesta la misión de la Intendencia de la Abogacía de la Competencia, misma que consiste en:

Gestionar un modelo de abogacía de la competencia que promueva una efectiva cultura y promoción de la competencia en operadores económicos, consumidores y usuarios; así como coordinar las relaciones en materia de competencia con otras instancias nacionales y

¹⁰¹ Ecuador, *Reforma del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 538, 13 de septiembre de 2018, art. 5.

¹⁰² La abogacía de la competencia y el desarrollo de nuestro país, *Portafolio*, 26 de febrero de 2010. <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/abogacia-competencia-desarrollo-nuestro-pais-345470>.

¹⁰³ Shyam Khemani, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy: Competition Advocacy*, (Washington: The World Bank, 1998), 93-100. doi.org/10.1596/0-8213-4288-6

regionales en su ámbito de acción, buscando la eficiencia y transparencia en los mercados y el comercio justo con el fin de prevenir las prácticas contrarias a la competencia¹⁰⁴.

Es decir la Intendencia de la Abogacía de la Competencia no solo es la encargada de preocuparse por la aplicabilidad de la norma, sino que también se debe preocupar en generar un ambiente competitivo, mismo que no se lo logra solamente con establecer a una autoridad de control, sino que dicha autoridad debe tener como función el promocionar los beneficios que se puede alcanzar con el derecho de la competencia en los sectores, permitiéndose así que las empresas tengan mayor probabilidad de competir en un ambiente libre¹⁰⁵.

La Intendencia es la responsable de generar un ambiente en el que se fomente la libre concurrencia de operadores económicos, siendo sus autoridades quienes deban determinar y posterior a ello analizar los limitantes que se están generando a la luz del derecho de la competencia en un mercado relevante, que podrían ser consideradas hasta cierto punto como barreras legales y administrativas.

La Intendencia de la Abogacía de la Competencia debe “intervenir en cierto grado frente a las determinaciones del gobierno relacionadas con el mercado”¹⁰⁶, esto con el fin de generar coherencia en la forma en que se regula el mercado.

A simple vista, en los casos presentados, existe intervención por parte de las autoridades de turno en el mercado, en el cual se ha dispuesto la generación de procesos de contratación a favor de las empresas públicas mediante el proceso de régimen especial, actuación que debería de ser de interés del ente de control y especialmente de la Intendencia de la Abogacía de la Competencia.

Dicha intervención dificulta en cierto grado la rivalidad entre los operadores económicos, generándose solamente procesos de contratación directa y no mediante régimen común en el que se permitiría la concurrencia de varios oferentes.

¹⁰⁴ Ecuador, *Reforma del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 538, 13 de septiembre de 2018.

¹⁰⁵ Luis Fernando Álvarez Londoño, *Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina*. (Bogotá: Vniversitas, 2008), 259

¹⁰⁶ *Ibíd.*

La autoridad de la Intendencia de la Abogacía de la Competencia debe preocuparse por eliminar, corregir o limitar los daños producidos por las regulaciones y disposiciones promovidas por las autoridades de gobierno, contrarrestando la influencia que estas pueden llegar a tener en la competencia al promover el desarrollo de solo un sector de la economía.

La intervención en exceso por parte del gobierno en la economía de un país podría genera desperfectos en el desarrollo del mismo, afectando en este caso a los posibles oferentes y a las entidades requirentes en los proceso de contratación pública.

La regulación en pro de la competencia debe incluir el “interés colectivo, con el bien común y con el bienestar general”¹⁰⁷, por lo que a la abogacía de la competencia se la debe de considerar como una herramienta para lograr un equilibrio a favor de la competencia en relación al actuar de las autoridades del Estado en las disposiciones emitidas en contratación pública.

La Intendencia creada como parte del ente de control, tiene como atribuciones y responsabilidades el emitir opiniones en materia de competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos sin que tales opiniones tengan efecto vinculante; emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados; elaborar informes y proponer al Superintendente medidas para promover la remoción de barreras normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos; dirigir las actuaciones de apoyo y asesoría a las autoridades de la administración pública para que promuevan y defiendan la competencia entre operadores económicos en igualdad de condiciones; entre otras funciones¹⁰⁸.

Es por tanto que la Intendencia de la Abogacía de la Competencia debe proponer a las autoridades de la Superintendencia las medidas necesarias para la remoción de limitantes al derecho de la competencia, siendo la encargada de analizar la conveniencia de la existencia

¹⁰⁷Roberto Dromi, *Competencia y Monopolio* (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999), 8.

¹⁰⁸ Ecuador, *Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 390, Suplemento, 05 de diciembre de 2004. En adelante se cita esta normativa como *Estatuto*.

¹⁰⁸LOSNC, art. 4

de disposiciones con carácter de obligatoriedad con las que se han realizado procesos de contratación únicamente con empresas públicas.

Es necesario que dicha unidad emita las recomendaciones necesarias a la máxima autoridad en competencia para que dicha autoridad, de creerlo pertinente, genere un proceso administrativo en el que se establezcan responsabilidades ante las autoridades correspondientes al haberse emitido limitantes a la luz del derecho de la competencia que podrían llegar a ser considerados como barreras de entrada según el análisis correspondiente por dicha Intendencia.

Como consecuencia de la emisión de dichas responsabilidades se deben desarrollar los correctivos necesarios, entre estos la apertura de los mercados anteriormente señalados, en los cuales el Estado ecuatoriano ha dejado por fuera al sector privado.

Finalmente cabe señalar que si bien la abogacía de la competencia es considerada por los legisladores en la normativa, y al incluirla como parte de sus actividades la de control, es necesario que dicha unidad proceda a analizar la pertinencia de la existencia de un limitante al derecho de la competencia a través de disposiciones emitidas por las autoridades de Estado, siendo el deber de la intendencia el busca el fomentar la libre concurrencia de operadores económicos mediante la intervención en cierto grado respecto a las disposiciones de las autoridades en relación al mercado.

Conclusiones y recomendaciones

Al iniciar con el presente trabajo, se planteó la problemática respecto a la excepción a favor de las empresas públicas en los procesos de contratación pública a la luz del derecho de competencia. Nuestra conclusión es que las disposiciones de las autoridades para que se realicen procesos de contratación pública únicamente con empresas públicas crean limitaciones que afectan a la competencia.

La herramienta del régimen especial, fue creada para fomentar la industria y producción nacional mediante la oferta de bienes y servicios por parte de las empresas públicas, sin embargo de ello con la obligatoriedad existente en las disposiciones de las autoridades no se permite a la entidad contratante disponer y elegir entre aquellos procesos de régimen común o de régimen especial y por ende la presentación de ofertas provienen únicamente por parte de empresas del sector público.

La LOSNCP ha generado un proceso diferenciado al régimen común que busca incentivar la contratación de empresas públicas, régimen que consideramos adecuado ya que su fin es fomentar a la producción nacional. Sin embargo de ello, la normativa prevé procesos alternos señalados en el régimen común que permiten la contratación con empresas del sector privado. Lamentablemente con las disposiciones de las autoridades con carácter de obligatoriedad se ha generado una protección paternalista a las empresas públicas, beneficiándolas con procesos de contratación únicamente por disposición de las autoridades los cuales son mucho más cortos, con menos requisitos y, sobre todo, con una asignación directa al oferente.

Las autoridades de gobierno han generado disposiciones de contratar y beneficiar a las empresas del sector público, acto que podría ser de interés de la abogacía de la competencia al ser aquella autoridad que debe velar por el bien de los competidores y quien debe precautelar la existencia de la libertad de concurrencia en un mercado relevante.

Las autoridades podrían estar justificando dicho actuar en razón a lo señalado en la Carta Magna en el que se da la importancia de crear las empresas públicas con el fin de

promover la prestación de ciertos servicios a la ciudadanía, sin embargo en los casos presentados a estudio no se ha tratado de servicios únicos de los cuales el Estado deba depender de las empresas del sector público ya que existen operadores económicos que pueden ofertar los mismos servicios.

La limitante al derecho de la competencia por parte de las autoridades se ha generado por la naturaleza de las empresas, queriendo desarrollar a las entidades del sector público de manera paternalista y protectora sobre las del sector privado, concibiendo así contrataciones directas y con posibles afectaciones a la luz del derecho de la competencia.

Con las contrataciones directas en favor de las empresas públicas a lo largo de estos últimos años no se ha podido contar con muchos procesos de contratación pública con empresas del sector privado, sobre todo de aquellos servicios que las empresas públicas otorgan a las entidades del Estado.

Las consecuencias de las disposiciones de las autoridades que favorecen a las empresas públicas son que se ha producido adjudicaciones de varios procesos en régimen especial y sin embargo de ello las empresas en análisis de igual manera han tenido pérdidas económicas y una mala prestación de servicios.

El derecho de la competencia en el sector de la contratación pública promueve la libertad de elegir entre los distintos procedimientos establecidos en la LOSNCP, sean estos mediante régimen común o régimen especial, favoreciendo significativamente a la entidad contratante al permitirle escoger a las empresas oferentes en razón a los productos ofertados y no en razón de la naturaleza de la empresa que pertenece dicha oferta.

La Intendencia de la Abogacía de la Competencia es la encargada de establecer las medidas necesarias para la remoción de limitantes al derecho de la competencia, corrigiendo los posibles daños producidos por las disposiciones generadas por las autoridades de gobierno, al promover el desarrollo de solo un sector de la economía.

Para finalizar podemos decir que concordamos con lo señalado por parte del gobierno de Reino Unido en el que manifiesta que:

La competencia vigorosa entre las empresas es la vida de los mercados fuertes y efectivos. La competencia ayuda a los consumidores a obtener un buen trato. Alienta a las empresas a innovar reduciendo la holgura, presionando a la baja de costos y ofreciendo incentivos para la organización eficiente de la producción¹⁰⁹.

Por otro lado, las recomendaciones que se plantean una vez analizado el actuar de las autoridades de gobierno respecto a los procesos de contratación mediante régimen especial a favor de las empresas públicas, considerándolas a las mismas como limitantes innecesarios a la competencia, son las señaladas a continuación:

1. Que la Intendencia de la Abogacía de la Competencia analice la conveniencia de las disposiciones con carácter obligatorio que hemos analizado, que obligan a contratar únicamente con empresas públicas;
2. Que se dé apertura a los mercados analizados en este trabajo en el que el Estado ecuatoriano han dejado por fuera al sector privado, sin que se generen ventajas a un solo sector, aplicándose los principios de trato igualitario para todos los operadores económicos, sin que importara si son del sector público o privado;
3. Que se determine por parte de la Intendencia de la Abogacía de la Competencia si es que los limitantes al derecho de la competencia son considerados barreras de entrada que conlleven procesos sancionatorios según lo dispuesto por la LORCPM, y,
4. Que se justifique, de ser el caso, la aplicación de limitantes a la competencia, cuando sea en pro de la sociedad, mas no que se las cree simplemente en razón a la naturaleza de las empresas de un sector, siendo el caso del presente análisis, en el que las autoridades de la época utilizaron a la LOSNCP como una herramienta para que se aplique de manera obligatoria el régimen especial de contratación directa a favor de empresas públicas, sin que se permita el generar procesos alternos en el que se permita el ingreso de empresas del sector privado.

¹⁰⁹ Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Universidad de Oxford, 2015), 19.

Bibliografía

Libros y Artículos

- Abanto Vásquez, Manuel. *El Derecho de la Libre Competencia*. Lima: San Marcos, 1997.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Roma: Editorial la Ley, 1995.
- Andruet, Armando S. *Ejercicio de la abogacía y deontología del Derecho*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2001.
- Álvarez Londoño, Luis Fernando *Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina*. Bogotá: Universitas, 2008.
- Baldeón Barriga, Inés María. *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de Contratación Pública del Ecuador*. Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015.
- Banco Mundial. *Reflexiones, experiencias y estrategias en torno a la corrupción*. Quito: Editorial Cordes, 1998.
- Barrera Espín, Boris, García Vinuesa, Vinicio, Lima Endara, Miguel, Román Márquez, Álvaro, López Obando, Homero, Ruiz Romero, Byron. *Celebración de Contratos Administrativos*. Quito: Corporación Editorial Nacional, 2001.
- Bogo, Jorge, Bullard, Alfredo, Correa, Carlos María, Diéz, Luis José, García, Rafael, Lutzky, Claudio, Mathis, James, Nicolaides, Phedon, Núñez, Canseco, Pimentel, Lionel, Pérez, Rafael, Riviére, Juan. *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 4 Derecho de la Competencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- Cabanelas de las Cuevas Guillermo. *Derecho Antimonopolio y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1983.
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.
- Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio*. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999.
- Feliú, J.M. Gimeno. *Compra pública estratégica*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013.
- Fernández Lerga, Garralda Carlos. *Derecho de la Competencia Comunidad Europea y*

- España*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1994.
- Fernández Torres, Isabel, Fuentes Naharro, Mónica, Signes de Mesa, Juan Ignacio. *Derecho de la Competencia*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2013.
- Flint Blank P. *Tratado de defensa de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial, 2002.
- Garófalo Salazar Aurelio. *Manual Teórico Práctico de Contratación Pública*. Quito Pudeleco Editores, 2004.
- Gimeno Feliu, José María, del Moral García, Antonio, Gimbernat Ordeig, Enrique, Queralt Jiménez, Joan Josep, Bolea Bardon, Carolina, Sánchez, Demelsa Benito, Gómez Benítez, José Manuel, *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Editorial DYKINSON S.L., 2013
- Gimeno Feliú, José María, *Compra pública estratégica*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013.
- Gómez Leyva, Delio. *Las prácticas restrictivas de la competencia*. Bogotá: El Navegante, 1988.
- Gordillo, Agustín. *Trato de derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: Macchi, 1994.
- Khemani, Shyam. *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy: Competition Advocacy*. Washington: The World Bank, 1998. doi.org/10.1596/0-8213-4288-6.
- Lamprea Rodríguez, Pedro A. *Contratos Estatales*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2007.
- López Arévalo, William, *Tratado de Contratación Pública*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2009.
- Mairak, Héctor. *Los Defectos de la Contratación Pública*. Buenos Aires: Runinzal Culzoni, 2006.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*”, Buenos Aires: Abeledo Perrot Edición, 1998.
- Miranda Londoño, Alfonso, Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. los Beneficios de la Competencia*. Bogotá: SSRN ,2006.

- Miranda Londoño Alfonso. *Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia. La Ley 155 de 1959 y su Legado*, Bogotá: Revista de Derecho de la Competencia, 2011.
- Naciones Unidas. *Contratos de Estado*. Nueva York-Ginebra: Naciones Unidas, 2004.
- Nihoul Paul. *Introducción al Derecho de la Competencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2005.
- Rosero Melo Bertha Cecilia. *Contratación Estatal.*, Bogotá: Ediciones de la U, 2011.
- Ruiz Gonzalo. *Definición de mercado relevante y políticas de competencia*, THEMIS: Revista de Derecho 41, 2000.
- Signes de Mesa, Juan Ignacio, Fernández Torres, Isabel, Fuentes Naharro, Mónica. *Derecho de la Competencia*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2013.
- Witker Velásquez, Jorge. *Derecho de la competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México* Chile: Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Whish Richard y Bailey David, *Competition Law*. Oxford: Universidad de Oxford, 2015.

Normativa

- Chile. *Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*. Diario Oficial, Ley N° 19.886. 30 de julio de 2003.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Código Civil Ecuatoriano*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Código Orgánico de Planificación de las Finanzas Públicas*. Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010.

Ecuador. *Codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública: Resolución No. RE- SERCOP-2016-0000072*. Registro Oficial 245, Edición Especial. 29 de enero de 2018.

Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial 48, Suplemento. 16 de octubre de 2009.

Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial 555, Suplemento. 12 de septiembre de 2014.

Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento. 12 de septiembre de 2014.

Ecuador Ministerio de Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información. *Acuerdo Ministerial 40-2013*. Registro Oficial 45, Suplemento. 23 de junio de 2013.

Ecuador. *Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial 697, Suplemento. 07 de mayo de 2012.

Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 588, Suplemento. 22 de enero de 2015.

Ecuador. *Reforma del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 538. 13 de septiembre de 2018.

Digital

Araujo Alberto. “Petroecuador manda en la comercialización de gasolina y diésel”. *El comercio*. Accedió 28 de junio de 2018.

<http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/petroecuador-manda-comercializacion-de-gasolina.html>.

Bernal, Miguel Ángel. *El principio de objetividad en la contratación pública*. Accedió 28 de junio de 2018.
<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10072>

Ecuador Consejo de la Judicatura. *Comunicado de Prensa*. Accedió 20 de marzo de 2018.
<http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/saladeprensa/noticias/item/6683-comunicado-de-prensa.html>.

Ecuador Correos del Ecuador CDE E.P. *Valores*. Accedió 20 de julio de 2017.
<https://www.correosdeecuador.gob.ec/valores/>

Ecuador Corporación Nacional de Telecomunicaciones EP. *Misión y Visión*. Accedió 22 de julio de 2017. <http://corporativo.cnt.gob.ec/mision-vision-y-estructura/>.

Ecuador Empresa Pública Petroecuador. *Misión*. Accedió 07 de mayo 2017.
<https://www.eppetroecuador.ec/?p=3729> Consulta: 01 de julio de 2017.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. *Apertura de Oferta, Acta de calificación, Acta de Audiencia, Resolución de adjudicación*. Accedió 23 de julio de 2017.
https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=1cZEdQs8a7YhECJ8zN2O5DDmO18gG6Cgi_q0StH7eYY.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. *Contrato 009-2018*. Accedió 04 de marzo de 2018.
<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacion>

ProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=G943o3FB9ScAaABgDsYdBDkgSoUAr
vskBXjiuQjXKYk.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. *Contrato 010-2016*. 01 de abril de 2016.
https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=1cZEdQs8a7YhECJ8zN2O5DDmO18gG6Cgi_q0StH7eYY.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. *Contrato Complementario*. 01 de
noviembre de 2016.
https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=1cZEdQs8a7YhECJ8zN2O5DDmO18gG6Cgi_q0StH7eYY.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. *Convenio de pago*. Accedió 04 de marzo
de 2018.
https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=1cZEdQs8a7YhECJ8zN2O5DDmO18gG6Cgi_q0StH7eYY.

Ecuador Servicio Nacional de Compras Públicas. *Informe de Rendición de cuentas 2015*.
Accedió 01 de julio de 2017. http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2016/04/Informe_rendicion_de_cuentas2015.pdf.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. *Notificación de Multa*. Accedió 04 de
marzo de 2018.
https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=1cZEdQs8a7YhECJ8zN2O5DDmO18gG6Cgi_q0StH7eYY.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. *Resolución de Inicio*. Accedió 04 de marzo de 2018.

<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=G943o3FB9ScAaABgDsYdBDkgSoUArvskBXjiuQjXKYk>> Consulta: 04 de marzo de 2018.

Ecuador Tame EP. *Nuestra Historia*. Accedió 10 de julio de 2017.
<https://www.tame.com.ec/index.php/es/inicio/informacion-corporativa/nuestra-historia>.

Ecuador Tame EP. *Misión y Visión*. Accedió 10 de julio de 2017.
<https://www.tame.com.ec/index.php/es/inicio/informacion-corporativa/mision-y-vision>.

“El 97% del aumento en servidores públicos corresponde a 5 sectores de alto impacto social”.
El telégrafo, 12 de septiembre de 2015.
<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/el-97-del-aumento-en-servidores-publicos-corresponde-a-5-sectores-de-alto-impacto-social>

Enciclopedia Jurídica. “Organismos Públicos”. Accedió 18 de septiembre 2016.
<http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/organismos-publicos/organismos-publicos.htm>.

Hierro Recio, Luis Ángel y Herrera Maldonado, José Miguel. *Mecanismos de Intervención del Sector Público: Las Empresas Públicas*. Accedió 07 de mayo 2017.
http://personal.us.es/lhierro/Luis_Angel_Hierro/Materiales_docentes_files/LA%20EMPRESA%20PUBLICA.pdf.

Kroes, Neelie. “European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices”. 15 de septiembre de 2005. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm.

Larenas, Nicolás. *Análisis al mercado aeronáutico ecuatoriano 2017*. 05 de febrero de 2018.
<https://www.nlarenas.com/2018/01/analisis-al-mercado-aeronautico-ecuatoriano-2017/>

La abogacía de la competencia y el desarrollo de nuestro país. Portafolio. 26 de febrero de 2010.
<http://www.portafolio.co/economia/finanzas/abogacia-competencia-desarrollo-nuestro-pais-345470>.

Mora, Sebastián. *Las contrataciones en el régimen especial: El Giro Específico del Negocio como procedimiento para la competitividad de las empresas públicas*. 07 de agosto de 2015. <https://www.estudio10.com.ec/item/las-contrataciones-en-el-regimen-especial-el-giro-especifico-del-negocio-como-procedimiento-para-la-competitividad-de-las-empresas-publicas.html>.

Muñoz L, Pabel, *Empresas Públicas y Planificación, su rol en la transformación social y productiva*. Quito: El Telégrafo, 2013. <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-P%C3%BAblicas-web.pdf>.

“Petroecuador gana mercado en red de estaciones afiliadas”. *El Universo*, 21 de julio de 2010.
<http://www.eluniverso.com/2010/07/21/1/1356/petrocomercial-gana-mercado-red-estaciones-afiliadas.html>.

“Petroecuador gasta \$140 millones en importar gasolina súper”. *El telégrafo*, 06 de octubre de 2015. <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/petroecuador-gasta-140-millones-en-importar-gasolina-super>.

Rodríguez Martín- Retortillo María del Carmen. *La Contratación Pública Estratégica en el marco de la nueva Directiva de Contratación*. Accedió 05 de octubre de 2017. <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/marticc81n-retortillo.pdf>.

Romero Arteta Ponce abogados. “Contratación Pública”. Accedió 17 de agosto de 2016, <https://romeroartetaponceabogados.com/areas-de-practica/contratacion-publica/>.

“Tame EP ocupa el 52% del mercado nacional”. *El telégrafo*. 17 de mayo de 2014 <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/tame-ep-ocupa-el-52-del-mercado-nacional>.

Unión Europea. Reglamento (CE) N° 2790/1999 de 22 de diciembre de 1999. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31999R2790>.

“\$ 8 millones es la deuda del Estado con TAME”. *El telégrafo*, 15 de noviembre de 2017. <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/1/usd-8-millones-es-la-deuda-del-Estado-con-tame-ep>.

Otros

Alvarado Espinel Vinicio. *Secretaría General de la Administración Pública: oficio Nro. SGA-0-09-3399*. 03 de agosto de 2009.

Cristian Castillo Peñaherrera, *Secretaría Nacional de la Administración Pública: oficio Nro. SNAP-SNADP-2013-000243*. 26 de septiembre de 2013.